

адвокатура України

Енциклопедичний довідник майбутнього адвоката

Частина 1

Видавничий дім ІнЮре

Вища кваліфікаційна комісія адвокатури
при Кабінеті Міністрів України

Енциклопедичний довідник майбутнього адвоката

У ДВОХ ЧАСТИНАХ

ЧАСТИНА 1

За загальною редакцією
голови Вищої кваліфікаційної комісії
адвокатури IV скликання,
Заслуженого юриста України
С. Ф. Сафулька



Київ 2008

ББК 67.76я2 Е64
Авторський колектив:
Святоцький Олександр Дмитрович,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент Академії правових наук України,
Заслужений юрист України, адвокат;
Захарченко Тетяна Геннадіївна,
голова Постійно діючого третейського суду
при Торгово-промисловій палаті України,
Заслужений юрист України, адвокат;
Сафулько Сергій Федорович,
голова Вищої кваліфікаційної комісії адвокатури IV скликання,
член Вищої ради юстиції, Заслужений юрист України,
адвокат;
Ісаков Михайло Григорович,
кандидат юридичних наук,
член Вищої кваліфікаційної комісії адвокатури,
Заслужений юрист України, адвокат;
Паркулаб Володимир Григорович,
пошукувач Інституту економіко-правових досліджень НАН України,
адвокат
Сафулько С. Ф.
Е64 Енциклопедичний довідник майбутнього адвоката: У 2 ч. / О. Д. Святоцький, Т Г. Захарченко, С Ф. Сафулько та ін.; Зазаг. ред. С. Ф. Сафулька. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. — Ч. 1. — 616 с.
ISBN 978-966-313-357-7
У досягненні мети стати адвокатом допоможе Енциклопедичний довідник майбутнього адвоката. У ньому адвокати-практики на основі Програми і Порядку складання кваліфікаційних іспитів дають практичні поради стосовно тих питань, які чекають майбутніх адвокатів.
Енциклопедичний довідник складається з двох частин.
У частині першій містяться матеріали з історії становлення адвокатури, з цивільного, цивільного процесуального, кримінального, кримінально-процесуального законодавства.
У частині другій містяться матеріали з трудового, житлового, сімейного, екологічного, земельного законодавства, а також довідковий матеріал до двох частин.
Видання допоможе під час підготовки до іспитів тим, хто готується стати адвокатом, та вже практикуючим адвокатам, усім, хто цікавиться питаннями цієї галузі.

ББК 67.76я2
ISBN 978-966-313-356-0

ISBN 978-966-313-357-7 (ч. 1)

Адвокатам теперішнім і майбутнім
(замість передмови]

Писати передмови, передні слова, як їх ще називають, завжди нелегко. Тому коли робота над цією книгою була вже практично завершена і видавництво запропонувало мені, як керівнику авторського колективу Енциклопедичного довідника, підготувати таку «прелюдію» до книги, я, чесно кажучи, і не знав, як це краще зробити. Розповідати про книгу — марне, вона розрахована на спеціального читача, того, хто хоче присвятити себе адвокатурі. Розповідати про авторів теж не є конче необхідним, зауважу лише, що всі вони — практикуючі адвокати.

Щодня ми вистоюємо годинами у передпокої суддівських опочивалень, щоб бути вислуханими. Рідко нам вдається бути почутими. Тому в книгу ми вклали те, що знаємо про адвокатуру, і те, що, на наш погляд, необхідно знати адвокатам. І не тільки майбутнім. Тому без перебільшення, книга ця — для адвокатів. її зміст повною мірою відповідає Програмі складання кваліфікаційних іспитів і Порядку складання кваліфікаційних іспитів, затверджених Протоколом від 1 жовтня 1999 р. № 6/2 зі змінами, внесеними протоколами Вищої кваліфікаційної комісії адвокатури України при Кабінеті Міністрів України: від 17 серпня 2001 р. № 6/3, від 16 листопада 2005 р. № IV/16-2, від 21 жовтня 2005 р. № IV/15-2, рішеннями Вищої кваліфікаційної комісії адвокатури України при Кабінеті Міністрів України від 21 жовтня 2005 р. № IV/3-2, від 2 лютого 2007 р. № IV 28-1.8. Це, так би мовити, мікрозміст книги.

Тепер я хотів би звернутися до адвокатів теперішніх і майбутніх.

Нас в Україні багато. Ми дуже різні. Нас не всі люблять. Ми не завжди чесні і послідовні, бо такими стаємо через многоліття своєї практики. Втім, хто з цим не згоден, хай не має гніву. Може, я і помиляюся, але мені так здається. Це не докір чи недолік. Це кладова нашої професії. Ми мусимо лукавити, аби перемогти нашого опонента, не завжди кажемо все, що знаємо, і що слід. Професія наша унікальна, вона вимагає від нас бути хорошою людиною, постійно нишпорячи у чужому непотребі. Ті, хто готується на цей терен, мають про це знати.

Адвокатура — це постійна робота над собою і тим, що доводиться робити.

Колись, навчаючись ще в школі, я слухав по радіо концерт на замовлення і почув, як для одного дуже хорошого адвоката замовили пісню — арію Містера Ікса з оперети Імре Кальмана «Принцеса цирку». Виконував її славний Георг Оте, і мене вразили слова, які відтоді я відношу винятково до адвокатів: «Живу без ласки, боль свою затая, всегда быть в маске — судьба моя».

Завжди бути у масці — така доля адвокатів. Маскувати під добре — зло, під правду — кривду, під чесність — обман, під вимисел — істину!

Перед тим, як написати «хочу бути адвокатом», подумай, чи зможеш ти завтра заявити відвід своєму однокурснику судді, який відхилив твоє таке обґрунтоване клопотання, або чи вистачить у тебе сил визнати, що ти програв справу і гонорар потрібно повернути?

Адвокатура — це зіпсовані стосунки із друзями, байдужість держави, іноді — зневага колег по професії. А за що нас любити?

Ми «ліземо» на екрани телевізора, там, де нас не чекають, ми готові «обґрунтувати» все і по-різному, ми іноді так обвинувачуємо, що окремим прокурорам і не снилося, ми можемо для вдоволення вимог клієнта з чорного зробити сніг, а з білого — чорну хмару. Маска нам допомагає. Ми робимо мудрі обличчя там, де мудрість і не ночувала, ми не червоніємо, коли накидаємося на жертву бандита через те, що він — «наш».

Ми ховаємось від клієнтів, які намагаються повернути собі невідроблений гонорар. І все це теж — адвокатура. Причому, не завжди її зворотний бік.

А мусить бути красивою.

Щоб нею гордилися ми і наші діти. Щоб слово «адвокат» викликало не судому лиця, а тепло у серці. Така адвокатура буде. Я вірю в таку адвокатуру, бо саме такій я присвятив своє життя.

Саме для красивої, чесної і мужньої адвокатури підготовлена ця книга. Маю надію, що вона допоможе тим, хто обрав і обирає цей шлях, не оступитися.

Сергій Сафулько, адвокат,
голова Вищої кваліфікаційної комісії адвокатури IVскликання

Частина перша

1 Історія адвокатури. Правове становище адвокатури І та адвокатська діяльність

1. 1. *Походження та історичний шлях світової адвокатури. Адвокатура й судові оратори Стародавньої Греції та Риму. Друковані пам'ятки видатних адвокатів цих країн щодо адвокатської професії та ораторського мистецтва.*

Слово «адвокатура» походить від латинського кореня *advocare, advocatus* («закликати», «запрошений»). У Стародавньому Римі терміном «адвокат» позначалися рідні або друзі позивача, які супроводжували його до суду, давали поради й як однодумці виражали підтримку і співчуття. З часом назву «адвокат» було поширено на осіб, які допомагали позивачеві вести процес, збирали документи, підшукували засоби захисту та повідомляли про їхню наявність патронові. Іноді адвокатами звалися навіть свідки. Енциклопедичний словник наводить уривок з римського літопису: хто захищає будь-кого у суді, той (якщо він оратор) називається патроном; адвокатом — якщо допомагає юридичними порадами або своєю присутністю виражає дружню підтримку; повіреним — якщо веде справу, та когнітором, якщо бере на себе справу присутнього і захищає немовби свою. Отже, можемо зробити висновок, що адвокатами у повному розумінні цього слова були тільки патрони. Тільки у часи імперії, коли патронат остаточно розпався, термін «адвокат» почав застосовуватися до судових захисників.

Потреба в появі адвокатури як специфічної сфери діяльності була пов'язана з ускладненням суспільних відносин, появою необхідності в особах, які б володіли достатнім рівнем знань з питань застосування правових норм. Пересічні громадяни, які не мали спеціальної підготовки, не могли через брак таких знань самостійно захищати свої інтереси в суді, їм була необхідна допомога людини, добре ознайомленої з нормами матеріального права та формами процесу. Саме ці спеціалісти-правознавці одержали назву адвокатів.

Слід звернути увагу на те, що адвокатура, як і більшість соціальних інститутів, на перших етапах своєї появи та розвитку не існувала в тому вигляді, в якому вона функціонує сьогодні.

Коротко зупинимося на розгляді первісних форм існування адвокатури у різних народів світу.

Так, у Стародавній Індії правосуддя проводилося царем як верховним суддею і колегіальними судами. Процес ґрунтувався на принципах усності, гласності і

змагальності як в цивільних, так і в кримінальних справах. Дослідження, присвячені розвитку адвокатури у давні часи, свідчать, що в Стародавній Індії була відома адвокатура. Цікавим є те, що обов'язки правозахисту та представництва інтересів виконували особи одного й того самого класу. Давньому Єгипту теж знайома адвокатура. Так, один із папірусів свідчить про участь адвокатів у цивільному процесі, що відбувався між жрецем і грецьким найманим воїном. Захисниками були два грека. Після подання прохання і пояснень ворогуючими сторонами адвокати теж пред'явили по одному писаному мемуару. У давніх іудеїв захисником міг бути кожний бажаючий. Це допускалося без перешкод і навіть вважалося священним обов'язком. Діяльність захисника мала форму благодійної діяльності, навіть милостині. Пізніше адвокатура набула іншої форми: за талмудним правом при судах синедріону перебували особи, які готувалися бути суддями і називалися кандидатами, вони були присутні на засіданнях і могли говорити промови на захист обвинуваченого. Така форма діяльності була максимально наближеною до адвокатської в прямому значенні. Але оскільки такі особи брали участь у процесі не за запрошенням підсудних і безпосередньо не узгоджували своєї позиції з ними, вони все ж таки не можуть бути визнані справжніми адвокатами. Пізніше в єврейській мові виникає термін «адвокат», запозичений із грецької.

Окрему увагу слід приділити розгляду розвитку іституту адвокатури в Стародавній Греції та Стародавньому Римі, оскільки в цих державах він досяг найбільш високого рівня розвитку.

Процес становлення адвокатури у Стародавній Греції можна простежити на прикладі Афін, як найбільш розвинутої держави-міста Стародавньої Греції. Ще Цицерон відмітив, що ораторське мистецтво розвинулося виключно в Афінах і що він не знає жодного грецького оратора, який би походив з інших місць. В Афінах рано створилися умови для виникнення адвокатури: демократичний устрій, розвиток ораторського мистецтва, усність та публічність розгляду справ судами, панування змагального принципу як у цивільному, так і в кримінальному процесах. За таких умов виникла потреба в судовому захисті для осіб, які не володіли юридичними знаннями та красномовством. Слід відзначити, що вмінню говорити правильно і гарно мешканці Стародавньої Греції надавали особливого значення. Той, хто погано говорив, як правило, програвав справу. Для осіб-учасників судової справи, які не мали таланту красномовства, позовні й виправдальні промови складали рідні й друзі. Потім складання таких промов (так званих логографів) стало зайняттям особливого прошарку осіб, які називалися логографами чи диктографами. Першим професійним логографом вважається Антифон (V ст. до н. е.), який, за словами Амміана Марцелліна й Плутарха, ввів звичай брати плату за складення судових промов. Серед відомих логографів були також такі талановиті оратори, як Лізій, Ісократ, Есхіл і Демосфен.

Однак логографи не задовольняли потреб судового захисту, оскільки їх роль зводилася виключно до складання обвинувальних і позовних промов, які готувалися заздалегідь. Логографи не брали участі у судовому засіданні, а тому не могли заперечувати вимоги обвинувача чи позивача безпосередньо.

У той самий час в Афінах виник інститут, який нагадував сучасну прокуратуру. Приватному обвинувачу надавалося право обрати для себе одного або навіть декількох помічників із середовища видатних ораторів, а у виняткових випадках — народ або вищі урядові установи за відсутності приватних скаржників призначали офіційних обвинувачів, які мали назву категорів чи сінегорів. Ними були видатні оратори Греції — Перікл, Демосфен та ін. Усе це призвело до того, що

і. історія адвокатури, і іравове становище адвокатури та адвокатська діяльність

суди почали в окремих випадках допускати захист позивачів сторонніми особами. При цьому судам доводилось звертатися до деяких хитрощів: оскільки закон вимагав, щоб сторони особисто захищали свої інтереси, сторони, як і раніше, з'являлися до суду для ведення дебатів, але тепер їм давалася можливість після проголошення першої промови просити суд, щоб другу промову виголосив хтось зі сторонніх осіб. Друга промова називалася девтерологією, а той хто її виголошував — синегором, аналогічно до кримінального обвинувача.

Поряд із логографами розвивався усний захист, спочатку у вигляді родинної адвокатури, а потім вільнодоговірної. Хоч логографи існували й у пізніші часи, деякі факти свідчать, що «усний» захист поступово витіснив «німий». Як відомо, перший професійний логограф Антіфон ніколи не говорив у судовому засіданні, а тільки писав промови для учасників процесу. Його сучасник Лізій, виходячи з його промов, виступав всього 23 рази як захисник друзів і рідних. Те саме стосується й Ізея (IVст.). Ісократ, який мав тихий голос і слабке здоров'я, не наважувався говорити перед народом і обмежувався викладанням риторики й написанням логографій.

Вже оратори останнього періоду, а саме Демосфен, Есхіл і Гіперид, поряд зі складанням промов для сторін спору займалися й усним захистом, і при цьому захищали не тільки друзів і рідних, а й сторонніх осіб.

Дослідники також звертають увагу на такі особливості грецької адвокатури як крайня нерозбірливість у виразах, різкість і навіть просто непристойність багатьох промов ораторів. Перебуваючи під впливом ораторського запалу адвокат не щадив нічого: ні доброго імені свого супротивника, ні честі його дружини і матері, ні скромності слухачів. Якщо у цивільних справах адвокати були більшменш стримані у висловах, то захист у кримінальному процесі нерідко нагадував памфлети. Деякі промови Демосфена через це були б просто неможливі у сучасному суді.

Адвокати не соромились застосовувати будь-які засоби захисту: вони благали суддів про помилування підсудного, приводили з собою його дітей, рідних і друзів, які своїми сльозами мали пом'якшити суворість суду тощо. У літературі наводяться яскраві ілюстрації способів діяльності адвокатів у суді. Так, Гіперид у процесі Фріни, проти якої було висунуто обвинувачення у безбожжі через її неземну красу, на підтвердження невинності своєї підзахисної, коли інші аргументи не переконали суддів, зірвав з обвинуваченої одяг, щоб у всій повноті представити її красу перед суддями. Фріна була виправдана.

Узагальнення наведеного матеріалу дає змогу виокремити такі основні риси становлення адвокатури у Стародавній Греції:

1) адвокатура міст-полісів була більш пов'язана з ораторським мистецтвом, ніж із правознавством. Це, перш за все, пояснюється схильністю елінів до прекрасного. Такий характер адвокатури обумовлював те, що підготовка до участі у судових процесах полягала не у вивченні правових дисциплін, а в заняттях ораторським мистецтвом;

2) позивачі та їх представники в суді були обмежені в часі свого виступу. Цікаво, що таке обмеження існувало для важливих справ, в той час як дрібні й незначні справи не піддавалися жодним обмеженням. Час визначався водяними годинниками, які називалися клепсидрами. Тому всі справи поділялися на «справи з водою» та «справи без води».

Вважається, що саме з римської адвокатури почався висхідний розвиток світової адвокатури. У Римі, як і в Греції, первісною формою була родинна адвокатура. У деяких пам'ятках збереглися відомості про давні судові процеси, які свідчать,

що родинна адвокатура з давніх часів існувала в італійських народів. Так, якщо вірити Діонісію Галікарнаському, ще до заснування міста Риму в процесі Реї Сільвії, матері Ромула і Рема, участь брав її батько Нумітор. Так само у часи правління третього римського царя (Тулла) на захист Горація, який був звинувачений у вбивстві своєї сестри, виступив перед судом царя батько підсудного.

Наступним перехідним етапом у розвитку римської адвокатури після періоду родинної адвокатури був так званий інститут патронату. Відносини між патронами та клієнтами будувалися за аналогією з родинними відносинами. Клієнт, який обрав собі патрона із кровних римських громадян (патриціїв), приписувався до їх роду, до родового культу й отримував право називатися родовим іменем. Його ставлення до патрона було не лише родинним, а й вважалося навіть вищим, більше священним, бо родичі не завжди брали участь в родовому культі. Ні він, ні патрон не могли позиватися один з одним, свідчити один проти одного. Клієнт був зобов'язаний ставитися до патрона з повагою, робити йому послуги, виплачувати за нього і за його дітей викуп у випадках, коли вони потрапляли у полон до ворогів, брати участь своїм майном у покритті боргів чи витрат під час відбування громадської служби. Зв'язок з патроном вважався постійним і навіть спадковим, і якщо клієнт вмирав бездітним, то його майно переходило до патрона. У свою чергу патрон мав захищати інтереси клієнта перед судом та ін.

Саме патронат започаткував розвиток вільної адвокатури. Це відбувалося так. Як відомо, обізнаність у праві та його застосуванні були в Стародавньому Римі прерогативою патриціїв. Лише вони допускалися до виконання громадянських обов'язків, участі у державних справах, відправлення правосуддя і захисту своїх клієнтів у суді. У часи відсутності писаного права, до видання законів XII таблиць, і навіть пізніше, тільки вони були обізнаними у праві людьми. Поки домінував інститут патронату, потреба в юридичному захисті повністю задовольнялася допомогою родичів і патронів. Але вже при перших царях внаслідок нових соціальних і політичних умов патронат став розпадатися. Швидке розширення території Риму і збільшення населення за рахунок підкорення сусідніх племен зробили його цілком недієздатним. Почався розпад патронату на складові: з патронату виокремився приватноправовий елемент у вигляді покровительства хазяїна рабам, який існував до найпізніших часів, а також судово-процесуальний елемент захисту, надаваного патрицієм особам, які зверталися до нього за допомогою. Це були особи, які раніше звалися клієнтами, а їх покровителі — патронами. Проте під старими назвами приховувалося нове явище, оскільки патрон звільнявся від усіх обов'язків щодо клієнта, за винятком обов'язку захищати його в суді. Клієнт лише мав віддячити послугою чи подарунком за протегування у процесі. Відносини між ними втратили постійний, довірчий і спадковий характер. Вони виникали лише під час процесу і припинялися разом із ним. Раніше клієнт міг обрати лише одного патрона. Тепер він мав право переходити до іншого і, навіть, мати декількох. Так з патронату виникла справжня адвокатура. Спочатку вона повністю перебувала в руках патриціїв як нащадків давніх патронів, обізнаних у праві. Видання законів XII таблиць зробило загальнодоступним знання законів, але їх практичне застосування залишилося в руках патриціїв, оскільки процесуальні норми, які складалися з розкладу днів і годин, коли можна було здійснювати правосуддя, а також із правил користування формулами позову, не були обнародувані і складали предметну таємницю колегії жерців, членами якої могли бути лише патриції. Через це позивачі не мали можливості обійтися без допомоги патриціїв. Тільки опублікування Флавієм (V ст. до н. е.), а потім Елієм (IV ст. до н. є.) таблиць приймальних днів і позовних формул завдало

остаточного удару по юридичній монополії патриціїв. Вивчення і застосування Р права стало доступним для усіх бажаючих, і адвокатура стала вільною професією. І

Коли знання законів перестало бути прерогативою патриціїв і всі отримали ™ можливість вивчати закони, сформувалося дві категорії осіб, які надавали правову допомогу: юрисконсульти та адвокати в судовому засіданні. Адвокати звільнялися від служби у війську, мали пільги щодо сплати податків. Вони брали непомірні гонорари, оплата їхніх послуг була великою.

У республіканський період адвокатура залишалася вільною професією. Проте адвокатура в цей період практично так і не отримала законодавчої регламентації. Адвокатура у своїй діяльності керувалася правилами, виробленими практикою і звичаями. Умови зайняття адвокатською діяльністю, як-от: освітній ценз, фахова підготовка, моральні якості тощо — не були визначені. Молоді люди, що вирішили присвятити себе цій діяльності, прослуховували курс риторики у викладачів-ораторів, спостерігали, як надаються консультації відомими правознавцями, відвідували засідання судів. Але ні порядок, ні строк, ні навіть обов'язковість цих занять не були встановлені законом.

Питанням, що отримало законодавчу регламентацію, стало питання оплати праці адвокатів. Законом Цінція 204 р. до н. є. адвокату було заборонено брати або обумовлювати гонорар до початку розгляду справи. Гонорар адвокат міг отримати лише після закінчення розгляду справи судом у вигляді подарунка.

Адвокатура вважалася почесною, шляхетною діяльністю. Незважаючи на те, що видання законів XII таблиць зробило її більш доступною, все ж аристократична тенденція панувала в адвокатурі весь час і в більшості випадків нею займався забезпечений і освічений клас патриціїв. Факти свідчать, що найбільш видатні політичні діячі республіки були адвокатами. Це і цензор Катон, і відомий переможець Карфагена Сціпіон Африканський — молодший, Марк Антоній, Гай Гракх, Красс, Юлій Цезар, Помпей, Цицерон. Майже всі перші імператори перед тим, як стати ними, виступали в судах: Август, Тіверій, Калігула, Клавдій.

Розглядаючи особливості адвокатури в Стародавній Греції, ми називали як її характерну ознаку звернення адвокатів до неприпустимих сьогодні засобів захисту клієнта. Ця ж риса була притаманною і для адвокатури Стародавнього Риму. Так, наприклад, дослідники наводять випадок з адвокатської практики Цицерона. Цицерон був дуже гордий тим, що заплутав справу Клуенція. У цьому процесі йому потрібно було довести в інтересах клієнта справедливість одного судового рішення, яке, проголошуючи промову в іншій справі, він назвав «жахливим плодом обману й підкупу». Йому не було соромно зробити це, і коли друга сторона справи вказала Цицерону на те, що він суперечить сам собі, він відповів, що «ті, хто вважають, що промови адвокатів є виразом їх особистих переконань, помиляються; професією адвоката користуються не для того, щоб людина говорила про свої враження і думки, а для того, щоб висловлювалася відповідно до обставин і вимог справи».

За часів імперії римська адвокатура, як і судові установи, зазнала певних змін. Перш за все, це позначилося на значному обмеженні адвокатської професії як вільної. Так, за кодексами Юстиніана адвокатура вводилася у рамки певної системи, в якій адвокатська професія прирівнювалася до державної служби. Допуск до адвокатури залежав від вищого адміністративно-судового чиновника провінції або міста. У ній не могли брати участь неповнолітні, особи з фізичними вадами (глухі, німі), позбавлені громадянської честі, притягнуті до кримінальної відповідальності, жінки та ін. Кандидат мав закінчити спеціальний (п'ятирічний) курс в одній з юридичних шкіл та скласти іспити. За часів Юстиніана юридичні

школи існували тільки у Константинополі, Римі й Бериті. Усі інші були заборонені. Адвокати заносилися до списку за префектурами у порядку їх допуску до професії. Перший у списку звався старшиною. Усі адвокати поділялися на два розряди: штатних та позаштатних. Різниця між ними полягала в тому, що перші, які складали меншість, мали право виступати в усіх судах, а другі, кількісно не обмежені, практикували у нижчих судах. Штатні адвокати призначалися правителем провінції з позаштатних.

Дисциплінарний нагляд за адвокатами здійснював правитель провінції. Серйозними професійними порушеннями вважалися: зрада клієнту, вимагання великих гонорарів, наклепи та ін. За ці та інші порушення професійних обов'язків накладалися дисциплінарні стягнення у вигляді штрафу, заборони займатися адвокатською практикою з виключенням із списку. Для адвокатів була встановлена особлива професійна присяга, яку вони виголошували не при вступі до професії, а на початку розгляду кожної судової справи. Цією присягою адвокати зобов'язувалися прикладати зусиль до того, щоб захистити законні та справедливі вимоги клієнта і відмовитися вести справу в будь-який час (навіть під час її провадження), якщо переконаються у безпідставності вимог незалежно від того, чи будуть вони мати моральний або юридичний характер. У випадку відмови адвоката від ведення справи позивач не мав права запрошувати іншого, щоб, як наголошувалося в законі, «нехтуючи кращими адвокатами, сторони не стали б обирати нечесних». Якщо позивач мав декілька адвокатів, з яких одні вважали за можливе вести справу, а інші — ні, то перші продовжували захист, але на місце других заборонялося запрошувати нових. На суді адвокат був зобов'язаний утримуватися від образливих висловів, крім того йому заборонялося свідомо зволікати процес. Щодо гонорару, то до розгляду справи адвокат не мав права наперед обумовлювати винагороду, але після захисту він вже міг ставити таку умову. За наявності домовленості розмір гонорару визначався адвокатом, а у разі відсутності, за його позовом гонорар призначав суд, враховуючи складність справи, талановитість адвоката, традиції адвокатури і ранг судової інстанції, але розмір гонорару не міг перевищувати такси, встановленої законом. Незаможним громадянам гарантувався захист за призначенням. Зайняття адвокатською діяльністю було заборонено лише суддям та намісникам провінцій.

Форми організації і принципи адвокатської діяльності у Стародавній Греції й Римі здійснили значний вплив на устрій адвокатури у державах Західної Європи.

1.2. Історія української адвокатури. Судове представництво у Київській Русі у IX—XIII ст. та характерні риси цього представництва.

Історія української адвокатури, зокрема адвокатури за часів Київської Русі, має розглядатися в контексті розвитку світової адвокатури.

Так, в європейських країнах у середні віки (V—XV ст.) принципи організації адвокатури зазнають певних змін, зокрема щодо допуску до адвокатури. У Франції для цього необхідно було мати диплом ліценціата прав (юридичну освіту), виголосити присягу та бути внесеним до списків адвокатів. Досвід практичної діяльності не був обов'язковим. У середньовічній Німеччині адвокатура була абсолютно вільною професією. Будь-яка особа могла отримати право на заняття адвокатською діяльністю на невизначений строк. Класичний порядок допуску до адвокатури сформувався у цей період в Англії. Тут особи, які виявили бажання

присвятити себе адвокатській діяльності, мали пройти восьмирічний курс навчання в судовій колегії, і через три роки отримували звання «внутрішніх адвокатів», які не мали права виступати в судах. Ще через п'ять років навчання внутрішні адвокати перетворювалися на «зовнішніх» і отримували право практикувати. Р

Щодо внутрішньої організації адвокатури у середньовіччі одностайності серед різних країн не було. У Німеччині, наприклад, такої організації фактично не існувало. Адвокати були абсолютно самостійними і незалежними від своїх колег за професією, тобто вони не утворювали особливого стану. У Франції вже спостерігається зародження станової організації. Тут у XIV ст. у складі релігійного «братства св. Миколи» (патрон юристів) утворилася община адвокатів і повірених, на чолі якої стояли депутати, що обиралися її членами. Вони розпоряджалися майном общини, були її представниками у зносинах з урядовими установами та захищали права і привілеї своїх членів. В Англії в XIII ст. виникають перші чотири «судові колегії», в які й сьогодні об'єднуються практикуючі юристи — судді та адвокати.

Гонорарна практика у цей період стає на шлях, накреслений юстиніановим законодавством. Так, у Франції починає застосовуватися такса, що встановлювала максимум винагороди, яку міг визначити і отримувати адвокат, обумовлювати її розмір до початку процесу. Коли ж такої умови не було, або якщо клієнт вимагав зменшення гонорару, то його розмір визначався парламентом. Адвокат міг також звернутися з позовом до суду у випадку ухилення клієнта від сплати винагороди. У Німеччині існувала такса юридичних послуг, за порушення якої адвокат позбавлявся права практикувати, і разом з клієнтом, який переплатив, піддавався штрафу, а іноді навіть тілесному покаранню.

Професійна діяльність адвокатів в описувані часи здійснювалася у таких формах: надання юридичних порад, захист у суді, складання судових паперів.

Значних змін зазнала у середні віки діяльність адвокатів у кримінальному процесі. У цей період публічний і загальний процеси почали перетворюватися у таємний та інквізиційний, чим обмежувалася участь адвокатів у кримінальному процесі. Наприклад, у Франції в 1539 р. указом короля Франциска І участь адвоката у процесі дозволялася лише за спеціальним дозволом суду.

Загалом для адвокатури середньовіччя характерними були такі ознаки, як: відсутність чіткої станової організації; відокремлення правозаступництва від судового представництва; відносна свобода професії; тісне спілкування з судом; дисциплінарна залежність від суддів; римська система визначення гонорару.

У Київській Русі інститут захисту прав і свобод людини формувався в специфічних умовах. Деякі дослідники історії адвокатури вважають, що за часів Київської Русі (ГХ-ХІІІ ст.) ще не було організаційного оформлення та законодавчого закріплення адвокатури як правового інституту.

Інститут захисту та писемне право розвиваються в Київській Русі в особливих історичних умовах общинного співжиття, тобто захист, обвинувачення, покарання ставали функціями общини. Суд як соціальний інститут з'явився пізніше. За такого підходу судове представництво ще не конституюється, оскільки функції представників визначаються звичаєвим правом. Роль захисників, наприклад, виконували рідні та приятелі сторін, «послухи» та «видоки».

Сутяжні справи вирішувалися громадою загалом, тому, власне, всі ставали свідками безпосередньої події, чи свідками порядного життя обвинуваченого. Перших називали «видоками», а других — «послухами». Водночас, поступово формуються процесуальні вимоги, тобто закладаються основи сучасного права. Наприклад, йдеться про те, хто може бути свідком, про їх обов'язкову кількість.

Холопи і закупи та деякі інші категорії членів громад могли бути свідками подій і виступати в суді, однак не мали права виступати свідками порядного життя, тобто не могли бути захисниками.

Процесуальна змагальність мала відкритий характер, тобто таємниці захисту не існувало. Якщо якісь факти приховувалися, то такі дії вважалися умисними, а сама таємниця розглядалась як нерозкритість чи неможливість виявити обставини справи, а отже, вона ще не формується як правова необхідність.

Свідченням відходу від звичаєвого права слід вважати відмову від кровної помсти, заміну її тілесним чи іншими видами покарання, наприклад штрафом. Іншими словами, йдеться про засади кримінального процесу, поділу на кримінальний та цивільний процеси, хоча тоді цей поділ тільки намічався.

1.3. Формування професійної адвокатури в Україні, виник нення поняття «адвокат». Пам'ятки права XIV—XVI ст. Вимоги щодо осіб, які виявили намір займатися адвокатсь кою діяльністю.

У цей період особливе значення для розвитку права в Україні, зокрема для розвитку адвокатури в Україні, мав Литовський статут, а саме його третя редакція, найбільш систематизований закон, за яким жила держава періоду Литовсько-Руської доби. Основними джерелами Литовського статуту були Руська Правда та Магдебурзьке право. Третій Литовський статут детально встановлював порядок судового захисту, якому присвячено п'ять артикулів (57—61) дев'ятого розділу. У ньому чітко визначало поняття «адвокатської таємниці»: коли захисник намагався передати інформацію протилежній стороні і стати її захисником, він позбавлявся права на адвокатську практику.

Наступний період розвитку права в Україні пов'язаний з появою «Прав, за якими судиться малоросійський народ» (1743 р.), оскільки множинність і суперечливість законодавчих актів, які діяли на українських землях того періоду, ускладнювали розгляд кримінальних і цивільних справ. У цьому кодексі українського права вперше вживалися терміни «адвокат», «повірений». В його сьомому артикулі давалося визначення поняття «адвокат»: «адвокатом, пленіпотентом, патроном, прокуратором й повіреним називається той, хто в чужій справі, за дорученням певної особи замість неї, в суді відстоює її інтереси».

1.4. Судова реформа 1864р. у Росії. Де і коли в Україні були створені Ради присяжних повірених. Принципи організації та діяльності адвокатури у 1864—1917 рр. Повноваження Рад присяжних повірених. Найвідоміші адвокати цього періоду.

Дослідники історії адвокатури зазначають, що як самостійний правовий інститут адвокатура в Україні була запроваджена після проведення на початку 60-х - років XIX ст. судової реформи.

Правову регламентацію інститут адвокатури дістав за Судовими статутами від 20 листопада 1864 р. Присяжний повірений не міг діяти в суді в ролі повіреного проти своїх батьків, дружини, дітей, рідних братів, сестер тощо. Він не міг бути повіреним в один і той же час обох сторін, між якими виник спір, і не мав права переходити в одній і тій же справі від однієї сторони до іншої. За Судовими ста-

тутами (ст. 403) присяжний повірений «не повинен був розголошувати таємниці свого довірителя не тільки під час ведення його справи, а й у випадку усунення від неї і навіть після її закінчення». Це стосувалося і приватних повірених, однак їх функції, на відміну від присяжних повірених, були дещо інші.

З судовою реформою 1864 р. пов'язана реформа професійної адвокатури в Російській імперії, зокрема в Україні. Судова реформа проголосила принципи незалежності суддів, гласності, усності та змагальності судового процесу, ліквідувала становий суд. За судовою реформою були введені суд присяжних, адвокатура, мирові суди. Отримавши законодавче закріплення в судових статутах, адвокатура стала новою юридичною установою.

У дореформені часи впродовж декількох століть роль адвокатів виконували приватні особи — повірені або ходатаї у справах. їх функції не були законодавчо регламентовані, жодні вимоги до них (наприклад, наявність спеціальної освіти) не ставилися. Як правило, їх обов'язки обмежувалися складанням документів й представленням їх до різноманітних інстанцій. І навіть створення у 1832 р. інституту присяжних повірених через становий характер їх діяльності не могло гарантувати новим соціальним станам захист їх інтересів у суді й інших установах.

Вперше про судове представництво згадується у законодавчих актах XV ст. — у Псковській та Новгородській судових грамотах. У них закріплено, що обов'язки судових представників, крім родичів сторін у справі, могли виконувати всі правоздатні громадяни, за виключенням тих, хто виконував владні повноваження.

Судове представництво існувало у двох формах: природній і найманій. Саме з найманих представників поступово створювався інститут професійних повірених. Відповідно до Новгородської судної грамоти повіреного міг мати будь-хто (статті 15, 18, 19, 32), і сторони, у випадку наявності у них представників у судовому процесі, повинні були мати справу тільки з ними (ст. 5).

Згідно зі ст. 36 Судібника 1497 р. у випадку, якщо позивач чи відповідач самі не з'являлися до суду, то вони мали право прислати замість себе повірених.

Судібник 1550 р. не тільки закріплював право сторін мати повірених, а й встановлював певні правила для проведення розгляду справи.

Разом з тим, чіткої законодавчої регламентації представництва не існувало і склад цих осіб був доволі різноманітним.

Судова реформа 1864 р. заклала основи компетентної й самоврядної організації адвокатів. Таким чином сформувалась адвокатська професія.

Адвокати поділялися на дві групи: присяжні повірені, які давали професійну присягу адвокатів, об'єднувалися в корпорації, і приватні повірені, які займались адвокатською практикою індивідуально.

Присяжні повірені відігравали серед адвокатів провідну роль. Ними були представники найбільш освіченої частини суспільства. Професійні об'єднання присяжних повірених организовувалися за територіальною ознакою.

Присяжні повірені об'єднувалися в окрему корпорацію — стан присяжних повірених. Для таких корпорацій було характерним внутрішнє самоуправління у вигляді виборних органів — рад присяжних повірених. До завдань адвокатури крім захисту в кримінальних справах входило представництво сторін у цивільному процесі й надання юридичної допомоги населенню, включаючи безкоштовні консультації для бідних верств населення.

Присяжними повіреними могли бути особи, які досягли 25-річного віку, пройшли університетський курс юридичних наук і мали п'ять років судової практики як чиновника судового відомства або помічника присяжного повіреного. У деяких радах присяжних повірених для кандидатів влаштовувались іспити з метою перевірки їх практичної підготовленості.

Існував також інститут помічників присяжних повірених. До них належали особи, які отримали юридичну освіту, але ніде не служили.
Як органи самоуправління корпорації присяжних повірених діяли Ради присяжних повірених. Ці органи самоуправління складалися з голів, помічників голів і членів Ради. Усі ці посади були виборними.
Рада здійснювала свою діяльність за різноманітними напрямами. Вона приймала й звільняла присяжних повірених, накладала дисциплінарні стягнення, розподіляла серед присяжних справи, в яких допомога надавалася безкоштовно, врегульовувала спори, що виникали між присяжними, тощо. Діяльність Ради контролювалася судовою палатою.
6 червня 1874 р. було видано закон, який запровадив поряд з присяжною адвокатурою інститут приватних повірених. Підставою затвердження на посаді приватного повіреного і отримання права на участь у розгляді цивільних справ було отримання особливого свідоцтва, яке видавалося тими судами, в окрузі яких приватний повірений здійснював клопотання за справами.
Відмінність присяжних повірених від приватних полягала також у тому, що присяжні повірені зберігали право представляти інтереси у всіх судах Російської імперії, а приватні могли виступати тільки в судах, які видали їм такий дозвіл.
Приватні повірені не могли створювати корпорації, вони не мали самоуправління, і — що найважливіше — могли бути усунені від представництва навіть без розгляду даного питання у судовому порядку за розпорядженням міністра юстиції. У цьому відношенні присяжні повірені були поставлені в умови непорівняно більш сприятливі, ніж приватні повірені.
Законодавство, яке регулювало діяльність приватних повірених, зберігало їх дореформений статус. Всі питання, які стосувалися діяльності приватних адвокатів, включаючи членство й дисциплінарні питання, вирішувалися передусім судами.
У такому вигляді інститут присяжної і приватної адвокатури проіснував до листопада 1917 р.

1.5. Адвокатура України у 1917—1922рр. Органи, що займалися організацією судового захисту та представництва, і хто саме виконував обов'язки адвокатів щодо захисту й представництва громадян. Організаційні форми адвокатської діяльності у цей період.

Після Жовтневого перевороту адвокатура практично була ліквідована, незважаючи на те, що багато видатних революціонерів досконало знали особливості адвокатської професії, оскільки практикували як адвокати за часів старого режиму. П. Красіков, М. Крестинський, П. Стучка, Д. Курський і сам Ленін були до революції адвокатами.
Ленін отримав вищу юридичну освіту в Санкт-Петербурзі у 1891 р. у віці 21 року. Упродовж півтора року він працював помічником адвоката у провінційному місті Самара. Під керівництвом присяжного повіреного Хардіна він провів всього 10 справ про незначні злочини, і за всіма справами його клієнти були засуджені.
Згідно з Декретом «Про суд» № 1 від 24 листопада 1917 р. крім присяжної адвокатури скасовувалися іститут прокуратури, відділи кримінальних розслідувань, і взагалі практично вся судова система. Якщо більшість юридичних установ

повинні бути швидко реорганізовані на революційних засадах, то присяжній адвокатурі законодавство заміни не передбачало. Здійснювати представництво в суді було дозволено будь-якому громадянину (громадянці), який мав цивільні права. Таким чином адвокатура знову перетворювалася на вільну професію, що, на думку деяких дослідників, відкинуло її за рівнем організаційного статусу до ступеня дореформених (реформи 1864 р.).

Період з листопада 1917 р. по травень 1922 р. умовно можна назвати перехідним періодом для адвокатури.

Інструкція про революційні трибунали від 19 грудня 1917 р. є першим офіційним актом нової влади, який містив спробу створення нової — радянської адвокатури.

Процес пошуку оптимальної для нової влади організації адвокатури привів до того, що ЗО листопада 1918 р. було прийнято Положення про народний суд РРФСР, відповідно до якого при Радах робітничих і селянських депутатів були засновані колегії захисників, обвинувачів і представників сторін у цивільному процесі.

На початку січня 1918 р. Комісаріат юстиції розробив новий проект закону, який з певними поправками був прийнятий як частина Декрету «Про суд» № 2. У подальшому, а саме 15 лютого 1918р., приймається Декрет № 2, який був виданий на розвиток і доповнення Декрету № 1. Він запроваджував колегії правозахисників як у формі суспільного обвинувачення, так і в формі громадського захисту.

11 травня 1920 р. Радою народних комісарів видається Постанова «Про реєстрацію осіб з вищою юридичною освітою», відповідно до якої у триденний строк після опублікування цієї Постанови вказані особи зобов'язані зареєструватися у підвідділах обліку й розподілу робочої сили за місцем проживання. Особи, не зареєстровані у вказаний строк, вважалися дезертирами й каралися судом. Таким чином, діяльність адвокатів замінювалася формою трудової повинності.

У червні 1920 р. на третьому Всеросійському з'їзді працівників юстиції приймається рішення про внесення змін до Положення «Про народний суд РРФСР» від 30 листопада 1918 р. Згідно з цими змінами колегії захисників і обвинувачів замінювалися системою періодичного залучення юристів до ведення справ.

Повна ліквідація тієї подоби адвокатури, яка знаходила прояв у функціонуванні колегій правозаступників, була ознаменована прийняттям 21 жовтня 1920 р. доповнень до Положення «Про народний суд РРФСР», що призвело до розвитку підпільної адвокатури.

Такий стан речей не влаштовував нову владу, тому на четвертому Всеросійському з'їзді діячів радянської юстиції його представники дійшли висновку, що можливим є існування тільки єдиної форми існування адвокатури — або адвокатури, що знаходяться під контролем державної влади, або приватна адвокатура. Саме на цьому з'їзді було запропоновано для обговорення реформу адвокатури.

25 травня 1922 р. приймається Положення «Про адвокатуру», в якому лише в загальних рисах йшлося про створення колегії захисників. Народний комісаріат юстиції 5 липня 1922 р. приймає Положення «Про колегії захисників», згідно з яким ці колегії створювались у кожній губернії при губернських судах, а нагляд за їх діяльністю покладався на суд, виконком і прокуратуру.

Більшість членів нових колегій були так званими буржуазними спеціалістами — членами професійної корпорації, які отримали освіту за часів царського режиму. Дані за 1923 р. свідчать, що приблизно 75 % всіх членів колегій отримали вищу юридичну освіту у царських навчальних закладах.

Партія більшовиків почала вводити до складу колегій комуністів, намагаючись встановити, таким чином, внутрішній контроль над діяльністю корпорації. Але насправді переважна кількість комуністів, які вступали до адвокатури, були

адвокатами тільки на папері й вступали до колегії лише для того, щоб зайняти керівні посади.

1.6. Адвокатура України у 1922—1931 рр. Керівні органи адвокатури та їх повноваження. Судова реформа 1922 р. Нормативні акти, що регулювали організацію та діяльність адвокатури України у цей період. Порядок набутій статусу адвоката в ці роки.

В Радянській Україні з 2 жовтня 1922 р. діяло Положення про адвокатуру, затверджене постановою ВУЦВК. У ньому йшлося про колегії захисників, однак визначення адвокатури не давалося; поняття «адвокатура» та «колегія захисників» не розмежовувалися, поняття «адвокатська таємниця» також не визначалося. У той же час, поняття «захисник» трактувалося ширше, ніж поняття «захисник-адвокат», оскільки до захисту допускалися близькі родичі, представники підприємств, державних установ тощо.

20 жовтня 1929 р. набрав чинності Статут про колективні форми роботи колегії захисників у зв'язку зі скасуванням приватної практики. Діяльність цієї колегії визначалася як професійна. Поняття «адвокатура» не вживалося.

З кінця 1927 р. комісаріати юстиції почали заохочувати створення в колегіях захисників трудових колективів, але насильницькі спроби колективізувати адвокатуру не привели до успіху.

1.7. Адвокатура України у 1931—1939 рр. Форми діяль ності адвокатів, правове та фінансове становище об'єднань адвокатів, оплата праці адвокатів, організація контролю за діяльністю адвокатів та дисциплінарна відповідальність адвокатів.

Наприкінці 1934 р. було підготовлено проект нового закону про адвокатуру (який так і не було прийнято), в якому поряд із колективною формою організації корпорації дозволялася приватна практика (проект було опубліковано в журналі «За соціалістичну законність» (1935 р., № 1).

22 грудня 1938 р. Народний комісаріат юстиції СРСР видав директиву «Про роботу колегій захисників», яка ознаменувала, на думку низки вчених, початок кампанії з остаточної трансформації адвокатури на суто радянську установу, повністю підпорядковану інтересам держави.

1.8. Нормативно-правові акти, які регулювали діяльність адвокатури у 1939—1962 рр. Правове становище колегій адвокатів та організація діяльності юридичних консуль тацій. Оплата праці адвокатів. Нормативні акти, які передбачали і регулювали питання оплати праці. Дисцип лінарна відповідальність адвокатів та порядок оскарження дисциплінарних стягнень.

Нове Положення про адвокатуру 1939 р. було моделлю для всіх наступних законів про корпорацію. Адвокатам заборонили поєднувати роботу в державних

установах на повну ставку з роботою в адвокатурі, що змусило їх обирати між роботою в державному секторі та адвокатською діяльністю.

Нагляд за діяльністю адвокатури з боку державних органів було передано Народному комісаріату юстиції СРСР, республіканським Наркоматам юстиції й регіональним управлінням Нарком'юсту. Поряд із виконанням наглядових функцій й ролі останньої інстанції під час вирішення питань, пов'язаних з професійною дисципліною, ці органи періодично видавали обов'язкові до виконання колегіями адвокатів директиви.

У період війни чисельний склад адвокатури скоротився (за перші два роки війни на 55 %). У цей час перед адвокатурою стояло важливе завдання — надання юридичної допомоги військовослужбовцям, членам їх сімей та інвалідам.

Загалом адвокатура залишалася залежним від держави утворенням.

У 50-х роках XX ст. стала змінюватися позиція законодавця щодо законів, які регламентували права адвокатів. Було прийнято низку заходів, які свідчили про більш ліберальний погляд держави на адвокатуру. Такі зміни пояснювалися загальною зміною політичної ситуації в країні, яка була пов'язана з приходом до влади М. С Хрущова.

У період з 1960 р. по 1962 р. союзні республіки, у тому числі Україна, прийняли нові Положення про адвокатуру, які все ж таки не дозволяли займатися приватною адвокатською практикою.

1.9. Правове становище адвокатури України у 1962—1980 рр. Законодавчі та нормативні акти, що регулювали діяльність адвокатури у цей період. Керівні органи колегій адвокатів та їх повноваження. Прийом та виключення із колегій адвокатів.

У 1962 р. Указом Президії Верховної Ради СРСР було затверджено Положення про адвокатуру в УРСР. Відповідно до ст. 1 цього нормативного акта, адвокатура республіки ототожнювалася з колегією адвокатів — формою професійного об'єднання. Визначення поняття «адвокатура» в Указі не надавалося. Колегія адвокатів визначалася як добровільне об'єднання осіб, які займаються адвокатською діяльністю. У Положенні йшлося про зміст адвокатської таємниці (ст. 31 (б), ст. 32): «Адвокат не має права прийняти доручення на ведення справи... коли він уданій справі раніше надавав юридичну допомогу особі, інтереси якої суперечать інтересам особи, яка звернулася з клопотанням про ведення справи, та адвокат не повинен розголошувати відомості, які йому стали відомі від довірителя у зв'язку з наданням юридичної допомоги у даній справі», «адвокат не може бути допитаний як свідок про обставини справи, які стали йому відомі у зв'язку з виконанням обов'язків захисника в даній справі».

У грудні 1970 р. ЦК КПРС і Рада Міністрів СРСР видали спільну постанову «Про покращення правової роботи у народному господарстві». Адвокатура несла значне навантаження у правовому обслуговуванні підприємств, установ, радгоспів і колгоспів, у яких була відсутня юридична служба.

Конституція СРСР, яка була прийнята у 1977 р., включала статтю, в якій йшлося про адвокатуру (ст. 161), а 30 листопада 1979 р. було прийнято Закон СРСР «Про адвокатуру».

Згідно зі ст. 159 Конституції (Основного Закону) України, прийнятої на позачерговій сьомій сесії Верховної Ради Української РСР дев'ятого скликання

20 квітня 1978 р., для надання юридичної допомоги громадянам і організаціям діють колегії адвокатів. У випадках, передбачених законодавством, юридична допомога громадянам надається безплатно.

У Законі «Про адвокатуру в СРСР» (1979 р.) поняття адвокатури давалося в описовій формі: «Адвокатура сприяє охороні прав і законних інтересів громадян і організацій». У той же час, у ст. 2 цього Закону йшлося про організацію та порядок діяльності, права та обов'язки адвокатів. Стаття 7 Закону закріплювала засади адвокатської таємниці: «Адвокат не має права прийняти доручення про надання юридичної допомоги у випадках, коли він у даній справі надає або раніше надавав юридичну допомогу особам, інтереси яких суперечать інтересам особи, що звернулася з проханням про ведення справи, або брав участь як суддя, прокурор, слідчий, особа, що провадила дізнання, експерт, спеціаліст, перекладач, свідок або понятий, а також коли в розслідуванні або розгляді справи бере участь службова особа, з якою адвокат перебуває у родинних стосунках. Адвокат не має права розголошувати відомості, передані йому довірителем у зв'язку з наданням юридичної допомоги».

Положення про адвокатуру Української СРСР 1980 р. в цілому повторювало Закон «Про адвокатуру в СРСР» (1979 р.).

1.10. Адвокатура України у 1980—1990рр. Нормативно-правові акти, що регулювали діяльність адвокатури у цей період. Створення Спілки адвокатів України. Мета, завдання, структура та органи Спілки адвокатів України.

5 червня 1981 р. було прийнято Закон України «Про судоустрій», ст. 15 якого була спрямована на забезпечення обвинуваченому права на захист. Кожен має право користуватися правовою допомогою при вирішенні справ у суді. Правову допомогу при вирішенні справ у судах в Україні надають адвокати, а також інші особи. Порядок та умови надання правової допомоги, права й обов'язки адвокатів, а також інших осіб, які мають право на зайняття правовою діяльністю і беруть участь у судочинстві, визначаються законами. У випадках, передбачених законом, правова допомога надається безоплатно. Такою є остання редакція ст. 16 Закону України «Про судоустрій» 1981 р., який втратив чинність у зв'язку з набуттям чинності нового Закону України «Про судоустрій». До 2001 р. редакція цієї статті була такою: «У судочинстві в цивільних і кримінальних справах адвокати надають юридичну допомогу громадянам і організаціям. Порядок подання юридичної допомоги адвокатами, права і обов'язки адвокатів, які беруть участь у судочинстві в цивільних і кримінальних справах, визначаються Законом України «Про адвокатуру» та іншими законодавчими актами України». У такій редакції її було викладено відповідно до Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій» (1994 р.). Перед цим ст. 16 діяла в своїй первісній редакції, а саме: «У судочинстві в цивільних і кримінальних справах адвокати подають юридичну допомогу громадянам і організаціям. Порядок подання юридичної допомоги адвокатами, права і обов'язки адвокатів, які беруть участь у судочинстві в цивільних і кримінальних справах, визначаються законодавством Союзу РСР і Української РСР, а у встановлених законом випадках — і законодавством інших союзних республік».

20 вересня 1990 р. в м. Києві у Будинку вчителя відбувся установчий З'їзд Спілки адвокатів України. З'їзд прийняв рішення про створення САУ і затвердив

її Статут. Спілка має відділення в усіх областях України, АРК, містах Києві та Севастополі.

Крім Спілки адвокатів України в Україні діють ще ряд загальнодержавних громадських організацій адвокатів — Асоціація адвокатів України, Асоціація молодих адвокатів і ін. Чинне законодавство не обмежує адвокатів як у праві створювати громадські організації так і входити в них.

1.11. Закон України «Про адвокатуру». Його підготовка, прийняття та введення в дію. Набуття статусу адвоката за цим Законом. Права та обов'язки адвоката, оплата праці та дисциплінарна відповідальність.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про адвокатуру», адвокатура України є добровільним професійним громадським об'єднанням, покликаним згідно з Конституцією України сприяти захисту прав, свобод та представляти законні інтереси громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства, юридичних осіб, подавати їм іншу юридичну допомогу.

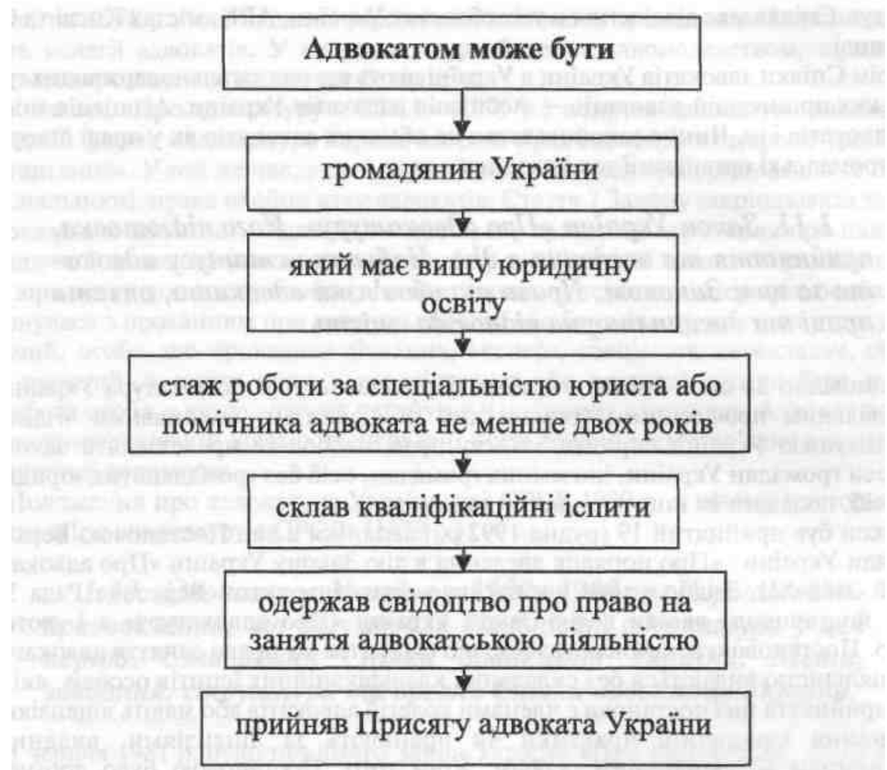
Закон був прийнятий 19 грудня 1992 р. і вводився в дію Постановою Верховної Ради України «Про порядок введення в дію Закону України «Про адвокатуру» № 2888-ХП. Згідно з цим нормативно-правовим актом Верховна Рада України постановила ввести в дію Закон України «Про адвокатуру» з 1 лютого 1993 р. Постановою встановлювалося, що свідоцтва на право заняття адвокатською діяльністю видаються без складання кваліфікаційних іспитів особам, які на день прийняття цієї постанови є членами колегій адвокатів або мають ліцензію на здійснення юридичної практики чи працюють за ліцензіями, виданими підприємцям — юридичним особам. Крім того, Постановою було доручено Кабінету Міністрів України до 15 січня 1992 р. розробити та подати на затвердження Президенту України проекти Положення про кваліфікаційно-дисциплінарну комісію адвокатури та Положення про Вищу кваліфікаційну комісію адвокатури; внести пропозиції про приведення чинного законодавства та рішень Уряду у відповідність з цим Законом.

Цією Постановою були визнані такими, що втратили чинність з 1 лютого 1993 р., Положення про адвокатуру Української РСР і Закон Української РСР «Про затвердження Положення про адвокатуру Української РСР» від 31 жовтня 1980 р.

Умови набуття статусу адвоката закріплено у ст. 2 Закону України «Про адвокатуру». Відповідно до неї адвокатом може бути громадянин України, який має вищу юридичну освіту, стаж роботи за спеціальністю юриста або помічника адвоката не менше двох років, склав кваліфікаційні іспити, одержав свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю та прийняв Присягу адвоката України.

Адвокат не може працювати в суді, прокуратурі, державному нотаріаті, органах внутрішніх справ, служби безпеки, державного управління. Адвокатом не може бути особа, яка має судимість *(див. схему на наст. стор).*

5 жовтня 2006 р. Верховною Радою України було отримано проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру», в якому пропонується внести зміни в умови отримання права на зайняття адвокатською діяльністю. Зокрема, вища юридична освіта, наявність якої є однією з обов'язкових умов отримання права на зайняття адвокатською діяльністю, за цим проектом, може підтверджуватися дипломом України або відповідно до міжнародних договорів України дипломом іншої країни.



Стаття 6 Закону України «Про адвокатуру» закріплює професійні права адвоката. Згідно з цією статтею при здійсненні професійної діяльності адвокат має право:

1) представляти і захищати права та інтереси громадян і юридичних осіб за їх дорученням у всіх органах, підприємствах, установах і організаціях, до компетенції яких входить вирішення відповідних питань;

2) збирати відомості про факти, які можуть бути використані як докази в цивільних, господарських, кримінальних справах і справах про адміністративні правопорушення, зокрема:

—запитувати і отримувати документи або їх копії від підприємств, установ, організацій, об'єднань, а від громадян — за їх згодою;

—ознайомлюватися на підприємствах, в установах і організаціях з необхідними для виконання доручення документами і матеріалами, за винятком тих, таємниця яких охороняється законом;

—отримувати письмові висновки фахівців з питань, що потребують спеціальних знань, опитувати громадян;

3) застосовувати науково-технічні засоби відповідно до чинного законодавства;

4) доповідати клопотання і скарги на прийомі у посадових осіб та відповідно до закону одержувати від них письмові мотивовані відповіді на ці клопотання і скарги;

5) бути присутнім під розгляду своїх клопотань і скарг на засіданнях колегіальних органів і давати пояснення щодо суті клопотань і скарг;

6) виконувати інші дії, передбачені законодавством.

До обов'язків адвоката Закон відносить:

1) неухильно додержуватись вимог чинного законодавства;

2) використовувати всі передбачені законом засоби захисту прав і законних інтересів громадян та юридичних осіб;

3) не використовувати свої повноваження на шкоду особі, в інтересах якої прийняв доручення.

Адвокат не має права відмовитись від прийнятого на себе захисту підозрюваного, обвинуваченого, підсудного.

Адвокат не має права прийняти доручення про надання юридичної допомоги у випадках, коли він у даній справі подає або раніше подавав юридичну допомогу особам, інтереси яких суперечать інтересам особи, яка звернулася з проханням про ведення справи, або брав участь як слідчий, особа, яка провадила дізнання, прокурор, суддя, секретар судового засідання, експерт, спеціаліст, представник потерпілого, цивільний позивач, цивільний відповідач, свідок, перекладач, понятий, у випадках, коли він є родичем особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора, будь-кого зі складу суду, потерпілого, цивільного позивача.

Адвокат зобов'язаний зберігати адвокатську таємницю. Предметом адвокатської таємниці є питання, з яких громадянин або юридична особа зверталися до адвоката, суть консультацій, порад, роз'яснень та інших відомостей, одержаних адвокатом при здійсненні своїх професійних обов'язків.

Відповідно до ст. 12 Закону України «Про адвокатуру», оплата праці адвоката здійснюється на підставі угоди між громадянином чи юридичною особою і адвокатським об'єднанням чи адвокатом. Якщо договір розривається достроково, оплата праці адвоката провадиться за фактично виконану роботу. У разі неналежного виконання доручення на вимогу громадянина або юридичної особи, які уклали договір з адвокатом чи з адвокатським об'єднанням, внесена плата повертається їм повністю або частково, а при виникненні спору — за рішенням суду. Порядок оплати праці помічника адвоката визначається угодою між ним та адвокатом чи адвокатським об'єднанням. Заробітна плата помічника адвоката не може бути нижчою від встановленого державою мінімального розміру заробітної плати.

У разі участі адвоката у кримінальній справі за призначенням та при звільненні громадянина від оплати юридичної допомоги через його малозабезпеченість оплата праці адвоката здійснюється за рахунок держави в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Порядок призначення адвоката для подання юридичної допомоги громадянам визначається кримінально-процесуальним законодавством.

Засади дисциплінарної відповідальності адвоката передбачені ст. 16 Закону України «Про адвокатуру». За порушення вимог Закону України «Про адвокатуру», інших актів законодавства України, що регулюють діяльність адвокатури, Присяги адвоката України рішенням дисциплінарної палати кваліфікаційно-дисциплінарної комісії до адвоката можуть бути застосовані такі дисциплінарні стягнення:

—попередження;

—зупинення дії свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю на строк до одного року;

—анулювання свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю.

Рішення про накладення дисциплінарного стягнення може бути оскаржено до Вищої кваліфікаційної комісії адвокатури або в судовому порядку.

Питання про дисциплінарну відповідальність адвоката — члена адвокатського об'єднання регулюється також статутом відповідного об'єднання.

1.12. Нормативно-правові акти, що регулюють діяльність адвокатури у сучасний період. Положення про кваліфікаційно-дисциплінарну комісію адвокатури та Вищу кваліфікаційну комісію адвокатури. Правила адвокатської етики, Положення про оплату праці адвокатів за призначенням.

Згідно зі ст. 3 Закону України «Про адвокатуру» діяльність адвокатури регулюється Конституцією України, цим Законом, іншими законодавчими актами України і статутами адвокатських об'єднань.

Цей перелік може бути викладений у більш конкретизованій формі, а саме: діяльність адвокатури крім Конституції України і Закону України «Про адвокатуру» регулюють міжнародно-правові договори, згоду на обов'язковість яких було надано Україною, закони України, постанови Верховної Ради України, укази Президента України, постанови Кабінету Міністрів України та інші нормативно-правові акти.

Крім того, незважаючи на те, що юридичний статус актів Конституційного Суду України і постанов Пленуму Верховного Суду України до цього моменту є невизначеним, безперечним є той факт, що адвокат має звертатися до вказаних актів у своїй роботі. Якщо акти Конституційного Суду України на законодавчому рівні визнані обов'язковими (дискусійним залишається питання, чи є ці акти нормативними або правотворчими, проте для практики достатнім є їх визнання їх обов'язковими для виконання), то постанови Пленуму Верховного Суду, втративши статус керівних роз'яснень, які вони мали відповідно до Закону України «Про судоустрій» від 5 червня 1981 р. № 2022-Х до внесення до нього змін відповідно до Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій України» від 21 червня 2001 р. № 2531-Ш, мають сьогодні лише рекомендаційний характер (серед науковців питання щодо визнання за постановами Пленуму Верховного Суду України статусу джерел права залишається невирішеним).

Особливої актуальності набуває сьогодні питання щодо місця міжнародно-правових договорів України серед нормативно-правових актів України. Частина 2 ст. 9 Конституції України встановлює, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Крім того, якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, відповідно до ч. 2 ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. застосовуються правила міжнародного договору. Сьогодні Верховний Суд України готує постанову Пленуму, присвячену питанням застосування при здійсненні правосуддя в Україні міжнародно-правових договорів. У зв'язку з цим дане питання набуває особливої важливості для адвокатів.

У своїй практиці адвокатам слід враховувати положення міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких була надана Україною у передбаченій законом формі, загальновизнані принципи і норми міжнародного права, практику міжнародних судових установ, юрисдикція яких визнана Україною.

Під загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права слід розуміти основні імперативні вимоги правового характеру, які визнаються міжна-

родною спільнотою в цілому і відхилення від яких є неприпустимим. Загальновизнані принципи і норми міжнародного права закріплені перш за все у рішеннях міжнародних судових інстанцій, є спільними для різноманітних національних правових систем і міжнародного права. До загальновизнаних принципів і норм міжнародного права, зокрема, належать: принцип поваги та захисту основних прав людини, принцип сумлінного дотримання і добросовісного виконання міжнародних зобов'язань, принцип вичерпання всіх ефективних засобів національного захисту перед зверненням до міжнародних інстанцій.

Адвокатам також слід враховувати, що загальновизнані принципи і норми міжнародного права, які ст. 18 Конституції України визнані основою зовнішньополітичної діяльності України, згідно з п. 9 Постанови Верховної Ради України «Про Основні напрями зовнішньої політики України» від 2 липня 1993 р. N° 3360-XП Україною визнані як такі, що мають пріоритет перед нормами внутрішньодержавного права. Крім того, ст. 15 Закону України «Про міжнародні договори України» встановлює, що чинні міжнародні договори України підлягають сумлінному дотриманню Україною відповідно до норм міжнародного права.

У своїй практиці адвокатам необхідно пам'ятати, що застосування і тлумачення судами України міжнародних договорів, а також нормативно-правових актів внутрішньодержавного законодавства не може суперечити загальновизнаним принципам і нормам міжнародного права.

Під міжнародним договором України слід розуміти міжнародну угоду з іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права, укладену в письмовій формі і регульовану міжнародним правом, незалежно від того, чи викладена така угода в одному документі, двох або кількох зв'язаних між собою документах, а також незалежно від її конкретного найменування — «конвенція», «пакт», «угода» тощо (ст. 2 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., ст. 2 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р.).

Чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України (ч. 1 ст. 9, ст. 18 Конституції України, ст. 15 Закону України «Про міжнародні договори України», Рішення Конституційного Суду України від 9 липня 1998 р. № 12-рп/98 у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення ч. 3 ст. 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміна «законодавство»).

Відповідно до ст. 2 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., надання згоди можливе як шляхом ратифікації, так і шляхом «прийняття», «затвердження», «приєднання», «підписання», тому як частину внутрішнього законодавства слід розглядати не тільки ратифіковані міжнародні договори України, а і ті з них, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, Президентом України чи Кабінетом Міністрів України в іншій формі.

Адвокатам слід пам'ятати, що крім Верховної Ради України згода на обов'язковість міжнародного договору у встановлених законодавством України випадках може бути надана Президентом України або Кабінетом Міністрів України. Так, Президентом України у формі указу або Кабінетом Міністрів України у формі постанови може здійснюватися затвердження міжнародного договору, вирішуватись питання про приєднання України до міжнародних договорів або про їх прийняття. Такі міжнародні договори також є частиною національного законодавства України і за юридичною силою мають пріоритет над нормативно-правовими актами, у формі яких була надана згода на їх обов'язковість. Зокрема, у разі виникнення колізій між положеннями міжнародного договору, затвердженого Президентом України, та

положеннями актів Президента України або нормативно-правових актів нижчої юридичної сили пріоритет мають норми відповідного міжнародного договору; у разі виникнення колізій між положеннями міжнародного договору, затвердженого Кабінетом Міністрів України, та положеннями актів Кабінету Міністрів України або нормативно-правових актів нижчої юридичної сили, пріоритет мають норми міжнародного договору.

Частиною правової системи України є також міжнародні договори, укладені Українською РСР до проголошення незалежності України, стосовно яких Україна як держава-наступниця УРСР продовжує здійснювати міжнародні права і обов'язки (ст. 6 Закону України «Про правонаступництво України» від 12 вересня 1991р.).

Україна є також правонаступницею прав і обов'язків за міжнародними договорами Союзу РСР, які не суперечать Конституції України (ст. 7 Закону України «Про правонаступництво України»).

Порядок укладення, виконання та припинення міжнародних договорів України регулюється Законом України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р.

Міжнародні договори набирають чинності для України після надання нею згоди на їх обов'язковість відповідно до Закону України «Про міжнародні договори України» в порядку та в строки, передбачені договором, або в інший узгоджений сторонами спосіб (наприклад, Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод була ратифікована Законом України від 17 липня 1997 р., а набрала чинності для України з 11 вересня 1997 р. — у день, коли ратифікаційну грамоту було передано на зберігання Генеральному секретареві Ради Європи, відповідно до ст. 59 цієї Конвенції; Міжнародний пакт про громадянські і політичні права і Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права були ратифіковані Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 19 жовтня 1973 р. № 2148-VIII і відповідно до ст. 6 Закону України «Про правонаступництво України» Україна підтвердила свої зобов'язання за міжнародними договорами, укладеними Українською РСР до проголошення незалежності України).

Виходячи з міжнародно-правового принципу сумлінного виконання міжнародних договорів, положень статей 9, 10 Конституції України, статей 15, 19 Закону «Про міжнародні договори України», слід враховувати те, що існує пріоритет міжнародного договору України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, перед національним законом та іншими актами законодавства, крім Конституції України. Тобто, якщо таким міжнародним договором встановлені інші правила, ніж ті, що передбачені законодавством України, то застосовуються правила міжнародного договору України. Слід також враховувати принцип, закріплений у ст. 27 Віденської конвенції про право міжнародних договорів, відповідно до якого держави не можуть відмовитися від дотримання міжнародного договору на тій підставі, що він суперечить національному праву.

При розгляді конкретної справи судом вирішення колізії між нормою міжнародного договору України і нормою іншого законодавчого акта України належить до компетенції суду, крім випадків, коли у суду виникає сумнів щодо відповідності положень міжнародно-правового договору Конституції України. У такому випадку суд має винести ухвалу про зупинення провадження у справі до розгляду Конституційним Судом України справи про конституційність відповідних положень міжнародно-правового договору і звернутися до Верховного Суду України для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного Суду України подання щодо відповідності Конституції України вказаних положень.

Суд не може у такій ситуації, користуючись принципом прямої дії норм, закріплених у Конституції України, вирішити справу без застосування положень міжнародного договору як таких, що суперечать Конституції України, оскільки: 1) вирішення колізії між Конституцією України і чинним міжнародним договором, належить до виключної компетенції єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні — Конституційному Суду України (п. 1 ст. 13 Закону України «Про Конституційний Суд України»); 2) положення міжнародного договору мають нормативний характер, є основою для врегулювання необмеженої кількості випадків, а отже, якщо припустити, що вони суперечать Конституції України, то їх застосування у подальшому може призвести до порушення прав і свобод людини; 3) міжнародно-правовий договір до того моменту, як він не втратив чинність на території України, має застосовуватися при врегулюванні випадків, що входять до сфери його регулювання, а отже, його незастосування у конкретній справі може стати підставою для скасування рішення суду вищою судовою інстанцією як незастосування матеріального права, що підлягало застосуванню у цій конкретній справі і могло вплинути на вирішення справи по суті.

При підписанні, ратифікації, затвердженні, прийнятті міжнародного договору або приєднанні до нього можуть бути зроблені заяви та сформульовані застереження до його положень відповідно до норм міжнародного права за винятком випадків, коли застереження забороняються самим договором або коли вони несумісні з об'єктом і цілями договору (ст. 19 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р.).

Застереження виключає або змінює юридичну дію певних положень договору в їхньому застосуванні до цієї держави, тому повинно враховуватися при розгляді справи судом. В окремих випадках суд повинен враховувати і застереження, зроблені до відповідного міжнародного договору іншою державою, що є його стороною.

У випадку надання у встановленому законом порядку згоди на обов'язковість міжнародного договору для України заяви та застереження формулюються у нормативному акті, у формі якого була надана згода на обов'язковість цього договору.

Чинні міжнародні договори України публікуються українською мовою (ч. 1 ст. 21 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р.). У випадку відсутності автентичного тексту міжнародного договору українською мовою офіційний переклад тексту українською мовою здійснює Міністерство закордонних справ України.

Суди та інші учасники судового розгляду повинні користуватися офіційно опублікованим автентичним текстом українською мовою міжнародного договору або офіційно опублікованим офіційним перекладом тексту українською мовою, маючи на увазі, що у випадку відсутності автентичного тексту договору українською мовою та розходженні між автентичним текстом та текстом офіційного перекладу договору українською мовою використовуватися має автентичний текст договору.

При розходженнях між однаково автентичними текстами міжнародного договору застосовуються правила тлумачення, передбачені ст. 33 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., а саме:

1. Коли автентичність тексту договору було встановлено двома або кількома мовами, його текст кожною мовою має однакову силу, якщо договором не передбачається або учасники не домовились, що у разі розходження між цими текстами переважну силу матиме якийсь один певний текст.

2. Варіант договору мовою, іншою, ніж ті, якими було встановлено автентичність тексту, вважається автентичним тільки в тому випадку, коли це передбачено договором або коли про це домовилися учасники договору.

3. Передбачається, що терміни договору мають однакове значення в кожному автентичному тексті.

4. За винятком того випадку, коли відповідно до п. 1 переважну силу має якийсь один певний текст, якщо порівняння автентичних текстів виявляє розходження значень, яке не усувається застосуванням статей 31, 32 (тобто загальних правил тлумачення), приймається те значення, яке, з урахуванням об'єкта і цілей договору, найкраще узгоджує ці тексти.

Слід мати на увазі, що Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» окремо передбачає порядок посилання на Конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод і практику Суду. Відповідно до ст. 18 цього Закону, для цілей посилання на текст Конвенції суди використовують офіційний переклад Конвенції українською мовою та практику Суду. Для цілей посилання на рішення та ухвали Суду та на ухвали Комісії суди використовують переклади текстів рішень Суду та ухвал Комісії, надруковані у спеціалізованому юридичному виданні у питаннях практики Суду, що має поширення у професійному середовищі правників, визначення якого буде відбуватися на конкурсній основі. Ця стаття передбачає, що у разі відсутності перекладу Рішення та ухвали Суду чи ухвали Комісії суд користується оригінальним текстом. У разі виявлення мовної розбіжності між перекладом та оригінальним текстом суд користується оригінальним текстом. У разі виявлення мовної розбіжності між оригінальними текстами та (або) у разі потреби мовного тлумачення оригінального тексту використовується відповідна практика Суду.

Відповідно до положень ч. 1 ст. 21, ст. 22 Закону «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р., чинні міжнародні договори України публікуються у «Зібранні чинних міжнародних договорів України», інших офіційних друкованих виданнях України, реєструються у Міністерстві закордонних справ України та включаються до Єдиного державного реєстру нормативних актів.

Судам слід мати на увазі, що міжнародні договори, укладені Українською РСР до проголошення незалежності України, і міжнародні договори СРСР, які є обов'язковими для України внаслідок підтвердження нею своїх зобов'язань за ними (статті 6, 7 Закону України «Про правонаступництво України»), надруковані в офіційних виданнях Ради Міністрів (Кабінету Міністрів) СРСР та Української РСР.

Відповідно до ст. 14 Закону України «Про міжнародні договори України» від 22 червня 2004 р., набрання міжнародним договором чинності не пов'язується з моментом його офіційного оприлюднення або реєстрації.

Положення ч. 3 ст. 57 Конституції України, відповідно до якого закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права та обов'язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є нечинними, не слід розуміти таким чином, що міжнародні договори України, які визначають права та обов'язки громадян, можуть застосовуватися судом лише, якщо вони були офіційно оприлюднені. Таке розуміння суперечить духу Конституції України, принципам і нормам міжнародного права прав людини. Згідно з ч. 1 ст. 57 Конституції України, в контексті якої слід розглядати ч. 3 цієї статті, кожному гарантується знати свої права та обов'язки. Це положення є однією з основних юридичних гарантій прав людини. Частини 2 і 3 ст. 57 Основного Закону спрямовані виключно на створення механізму реалізації цієї гарантії, а тому їх тлумачення не повинно

призводити до обмеження прав і можливостей людини. Розуміння положення, р закріпленого у ч. 3 ст. 57 Конституції України як такого, відповідно до якого міжнародні договори України, що визначають права та обов'язки громадян, можуть застосовуватися судом лише, якщо вони були офіційно оприлюднені, призводитиме саме до обмеження прав громадян і позбавлятиме їх можливості використання тих прав і засобів їх захисту, які передбачені міжнародно-правовими договорами, що набули чинності у порядку, який передбачений самим договором. Таке розуміння відповідає ст. 14 Закону України «Про міжнародні договори України», згідно з якою міжнародні договори набирають чинності для України після надання нею згоди на обов'язковість міжнародного договору відповідно до цього Закону в порядку та у строки, передбачені договором, або в інший узгоджений сторонами спосіб. Це положення відповідає вимогам, встановленим ч. 2 ст. 57 Конституції України, згідно з якою закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права та обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення у порядку, встановленому законом. Крім того, у ст. 21 Закону України «Про міжнародні договори України», яка встановлює порядок оприлюднення міжнародних договорів, йдеться саме про чинні міжнародні договори, таким чином, не пов'язуючи момент набуття чинності міжнародного договору з моментом його офіційного оприлюднення. У зв'язку з цим відмову суду від застосування положень міжнародно-правового договору, який набув чинності у порядку, передбаченому самим договором (це може бути пов'язано з моментом здачі державою ратифікаційної грамоти до визначеного у договорі органу, приєднання до договору певної кількості держав тощо), але не був офіційно оприлюднений, слід визнати неправомірною.

Для з'ясування питань, пов'язаних з чинністю міжнародного договору або складом держав, які беруть участь у договорі, необхідно звертатися до Міністерства закордонних справ України.

При застосуванні міжнародних договорів слід мати на увазі окремі правила застосування міжнародних договорів, сформульовані у Віденській конвенції про право міжнародних договорів.

За загальним правилом, міжнародний договір не має зворотної дії у часі щодо держави, яка до нього приєднується (ст. 28 Віденської конвенції), за винятком випадку, коли намір надати договору зворотну силу випливає з договору або виражений відповідною державою в інший спосіб. Так, з договору може випливати, що його положення поширюють свою дію на ті випадки, коли порушення положень договору почалося ще до набуття ним чинності для певної держави, але триває і після цього, або наслідки такого порушення мають місце після того, як договір набув чинності.

Правила застосування послідовно укладених договорів, які стосуються одного і того самого питання, визначені у ст. ЗО Конвенції.

При тлумаченні міжнародного договору застосовуються правила статей 31, 32 Віденської конвенції про право міжнародних договорів. Договір повинен тлумачитись добросовісно відповідно до звичайного значення, що слід надавати термінам договору в їхньому контексті, а також у світлі об'єкта і цілей договору. Поряд із контекстом враховуються: усяка наступна угода між учасниками щодо тлумачення договору або застосування його положень; наступна практика застосування договору, яка встановлює угоду учасників щодо його тлумачення; будь-які відповідні норми міжнародного права, що застосовуються у відносинах між учасниками.

Окремі міжнародні договори містять положення, відповідно до яких спори щодо тлумачення або застосування відповідного договору вирішуються шляхом

переговорів, арбітражними судами або спеціально створеними органами. Одним із таких органів, юрисдикція якого поширюється на питання тлумачення міжнародних договорів, є Міжнародний суд ООН.

Значну роль у тлумаченні міжнародних договорів ООН відіграє практика незалежних експертних органів, які створюються згідно з положеннями відповідних договорів або Факультативних протоколів до них (так, наприклад, Міжнародний пакт про громадянські та політичні права передбачає створення Комітету з прав людини, Конвенція про ліквідацію расової дискримінації — Комітет з ліквідації расової дискримінації, Конвенція про ліквідацію усіх форм дискримінації щодо жінок — Комітет з ліквідації дискримінації щодо жінок тощо), Комітети наділені компетенцією тлумачити положення відповідних міжнародно-правових договорів. Ця функція реалізується ними, передусім, у процесі розгляду доповідей держав-учасниць та індивідуальних скарг. Результати тлумачення положень міжнародних договорів Комітетами також знаходять відображення в їх Загальних рекомендаціях, які містять детальні поради для держав-учасниць, що можуть бути використані у процесі з'ясування значення окремих положень відповідних міжнародно-правових договорів.

Договори Ради Європи передбачають можливість врегулювання спорів щодо їх тлумачення чи застосування в органах Ради Європи. Європейський комітет із правового співробітництва Ради Європи вирішує спори щодо тлумачення чи застосування Цивільної конвенції про боротьбу з корупцією (ст. 21). Європейський комітет з проблем злочинності Ради Європи уповноважений розглядати спори щодо тлумачення чи застосування Конвенції про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом 1990 р. (ст. 42), а також сприяти дружньому врегулюванню будь-яких труднощів, які можуть виникнути у зв'язку із застосуванням Конвенції про передачу засуджених осіб 1983 р. (ст. 23), Європейської конвенції про міжнародну дійсність кримінальних вироків 1970 р. (ст. 65), Європейської конвенції про боротьбу з тероризмом 1977 р. (ст. 9), Європейської конвенції про передачу провадження у кримінальних справах 1972 р. (ст. 44).

Відповідно до ст. 32 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, (зі змінами, внесеними Протоколом № 11>, питання тлумачення та застосування цієї Конвенції та протоколів до неї підпадають під юрисдикцію Європейського суду з прав людини. Обов'язковість цієї юрисдикції була визнана Україною під час ратифікації Конвенції, що закріплено у Законі України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини 1950 р., Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17 липня 1997 р.

Тлумачення термінів і положень Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод і протоколів до неї містяться у рішеннях Європейського суду з прав людини (зокрема, у розділі «Право» у формі положень загального характеру без аналізу обставин конкретної справи). їх використання судом при тлумаченні і застосуванні Конвенції і протоколів до неї у ході розгляду конкретної справи є необхідним у якості наступної практики застосування договору (підпункт «Ь» п. 3 ст. 31 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р.).

Слід звернути увагу на те, що у своїх рішеннях Європейський суд з прав людини через тлумачення положень Конвенції та протоколів до неї вирішував питання розходження між однаково автентичними текстами цього договору англійською і французькою мовами, а також надавав автономне значення термінам, які використовуються у тексті Конвенції і протоколів до неї, з огляду

на відмінність термінів, які використовуються в законодавстві різних держав-сторін Конвенції для позначення однакових правових явищ.

Статтею 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» прямо передбачено, що суди при розгляді справ застосовують не тільки Конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод, яка є міжнародно-правовим договором України, а отже, частиною національного законодавства, але і практику Суду як джерело права. До практики Суду відповідно до ст. 1 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» входить практика Європейського суду з прав людини та Європейської комісії з прав людини. Слід також звернути увагу на те, що практика Європейського суду з прав людини є складовою Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод і тому має відповідну юридичну силу.

Окрему проблему становить виконання рішень міжнародних судових установ чи відповідних органів міжнародних організацій, юрисдикція яких визнана Україною, у справах щодо порушення прав осіб з боку держави. Право кожного після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна, визнано абзацом 3 ст. 55 Конституції України.

Такими міжнародними судовими установами та органами міжнародних організацій, юрисдикція яких визнана Україною, є:

—Європейський суд з прав людини, який створений згідно зі ст. 19 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р., ратифікованої Законом України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17 липня 1997 р.;

—Комітет ООН з прав людини, який уповноважений приймати та розглядати повідомлення від осіб чи груп осіб на порушення прав, передбачених Міжнародним пактом про громадянські та політичні права, згідно зі ст. 1 Першого факультативного протоколу до Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, обов'язковість якого для України визнана Постановою Верховної Ради Української РСР «Про приєднання Української Радянської Соціалістичної Республіки до Факультативного протоколу до Міжнародного пакту про громадянські та політичні права» від 25 грудня 1990 р. та Законом України «Про правонаступництво України» від 12 вересня 1991 р.;

—Комітет проти катувань, який уповноважений одержувати та розглядати повідомлення від осіб чи груп осіб на порушення прав, передбачених Конвенцією ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, відповідно до ст. 22 цієї Конвенції, яку ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 26 січня 1987 р., з поправками, прийнятими Постановою Верховної Ради України від 4 лютого 1994 р., що є чинною на території України відповідно до Закону України «Про правонаступництво України» від 12 вересня 1991 р.;

—Комітет ООН по ліквідації расової дискримінації, який уповноважений приймати та розглядати повідомлення від осіб чи груп осіб на порушення прав, передбачених Міжнародною конвенцією про ліквідацію всіх форм расової дискримінації, відповідно до ст. 14 цієї Конвенції, ратифікованої Президією Верховної Ради Української РСР 21 січня 1969 р., з поправками, прийнятими Постановою Верховної Ради України від 4 лютого 1994 р., що є чинною на території

України відповідно до Закону України «Про правонаступництво України» від 12 вересня 1991 р.;

— Комітет ООН по ліквідації дискримінації щодо жінок, який уповноважений приймати та розглядати повідомлення від осіб чи груп осіб на порушення прав, передбачених Конвенцією про ліквідацію усіх форм дискримінації щодо жінок, відповідно до ст. 1 та ст. 2 Факультативного протоколу до Конвенції про ліквідацію усіх форм дискримінації щодо жінок, ратифікованого Законом України «Про ратифікацію Факультативного протоколу до Конвенції про ліквідацію усіх форм дискримінації щодо жінок» від 5 червня 2003 р.

Рішення міжнародних судових установ та органів міжнародних організацій, юрисдикція яких визнана Україною, в індивідуальних справах осіб щодо порушення їх прав з боку держави, мають обов'язкову юридичну силу. Згідно з Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» рішення Європейського суду з прав людини є обов'язковим для виконання Україною відповідно до ст. 46 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Умисне невиконання службовою особою рішення Європейського суду з прав людини спричиняє відповідальність, що передбачена ч. 3 ст. 382 Кримінального кодексу України.

Необхідно виходити з того, що рішення в індивідуальних справах, що ухвалені іншими міжнародними судовими установами чи відповідними органами міжнародних організацій, юрисдикція яких визнана Україною, виступають не волею цих органів чи установ, а волею самих міжнародних договорів, ратифікованих Україною, отже, вони є обов'язковими для держав-учасниць через обов'язковість самих міжнародних договорів. Невиконання державою рішень відповідних міжнародних органів чи установ означає невиконання нею своїх міжнародно-правових зобов'язань та може спричинити застосовування щодо неї відповідних міжнародних санкцій.

Процесуальне законодавство України визначає процесуальні наслідки визнання судового рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, таким, що порушує міжнародні зобов'язання України.

Відповідно до п. 2 ст. 354 Цивільного процесуального кодексу України (далі — ЦПК України), судові рішення у цивільних справах можуть бути переглянуті Верховним Судом України у зв'язку з винятковими обставинами після їх перегляду у касаційному порядку, якщо вони оскаржені з мотивів визнання судового рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, таким, що порушує міжнародні зобов'язання України.

Стаття 355 ЦПК України передбачає, що скарга може бути подана протягом одного місяця з дня відкриття виняткових обставин. Днем відкриття виняткових обставин, передбачених п. 2 ст. 354 ЦПК України слід вважати день ухвалення рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною. Якщо рішення міжнародної судової установи, юрисдикція якої визнана Україною, отримане особою, у справі якої воно ухвалене, пізніше, ніж у місячний термін з дня його ухвалення, ця обставина має вважати поважною причиною для подовження строку подання скарги відповідно до ст. 73 ЦПК України.

Скарга у зв'язку з винятковими обставинами подається за правилами подання касаційних скарг у касаційному провадженні з урахуванням особливостей, передбаченими главою 3 ЦПК України.

Згідно зі ст. 358 ЦПК України, розглядаючи справу в порядку провадження у зв'язку з винятковими обставинами, Верховний Суд України має право:

1) постановити ухвалу про відхилення скарги і залишення рішення, ухвали без змін;

2) постановити ухвалу про повне або часткове скасування судового рішення і направити справу відповідно на новий розгляд у суд першої, апеляційної або касаційної інстанції;

3) постановити ухвалу про скасування судового рішення і залишити чинним судове рішення, що було помилково скасовано судом апеляційної або касаційної інстанції;

4) постановити ухвалу про скасування судових рішень і закрити провадження у справі або залишити заяву без розгляду;

5) скасувати судові рішення і ухвалити нове рішення по суті справи або змінити рішення, не передаючи справи на новий розгляд.

Стаття 360 ЦПК України передбачає, що ухвалені Верховним Судом України рішення або постановлені ним ухвали набирають чинності з моменту їх проголошення і оскарженню не підлягають.

При цьому судам необхідно мати на увазі, що, згідно зі ст. 10 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», з метою забезпечення відновлення порушених прав стягувача (заявника до Європейського суду з прав людини у справі проти України, на користь якого постановлено рішенням Європейського суду з прав людини або з яким досягнуто дружнього врегулювання, чи його представника, чи його правонаступника або особи (групи осіб), на користь якої рішенням Європейського суду з прав людини визначено обов'язок України в міждержавній справі), крім виплати відшкодування, вживаються додаткові заходи індивідуального характеру, до яких належать:

а) відновлення настільки, наскільки це можливо, попереднього юридичного становища, який стягувач мав до порушення Конвенції *(restitutio in integrum)*;

б) заходи, передбачені в рішенні Суду про дружнє врегулювання.

Відновлення попереднього юридичного становища стягувача здійснюється, зокрема, шляхом:

а) повторного розгляду справи судом, включаючи відновлення провадження у справі;

б) повторного розгляду справи адміністративним органом.

Звернути увагу суддів, що при перегляді судових рішень у цивільних справах у зв'язку з винятковими обставинами, якщо вони оскаржені з мотивів визнання судового рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, таким, що порушує міжнародні зобов'язання України, позиція відповідної міжнародної судової установи щодо порушеного права є обов'язковою. Ухвала Суду, що винесена за результатами розгляду скарги у зв'язку із зазначеними винятковими обставинами, постановлена згідно зі ст. 358 ЦПК України, в будь-якому разі має відповідати позиції міжнародної судової установи, юрисдикція якої визнана Україною, та не може їй суперечити. Винесення ухвали, що за своїм змістом суперечить чи ставить під сумнів позицію відповідної міжнародної судової установи, означає невиконання Україною своїх міжнародно-правових зобов'язань, які, згідно із загальновизнаним міжнародно-правовим принципом належного виконання державами своїх зобов'язань, покладаються на всі гілки державної влади, у тому числі й судову.

Відповідно до ст. 360 ЦПК України, ухвалені Верховним Судом України рішення або постановлені ним ухвали набирають сили з моменту їх проголошення і оскарженню не підлягають. Судам слід мати на увазі, що це положення не позбавляє особу, стосовно якої постановлено ухвалу, у разі, якщо ухвала суду суперечить повністю чи частково рішенню відповідної міжнародної судової установи, права, після використання всіх національних засобів правового захисту звер-

татися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна, як передбачено абзацом 3 ст. 55 Конституції України.

Відповідно до п. 2 ст. 237 Кодексу адміністративного судочинства України (далі — КАС України), судові рішення в адміністративних справах можуть бути переглянуті Верховним Судом України за винятковими обставинами, якщо вони оскаржені з мотивів визнання судових рішень міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, такими, що порушують міжнародні зобов'язання України.

Відповідно до ст. 242 КАС України, за наслідками провадження за винятковими обставинами більшістю голосів колегії суддів приймається одна з таких постанов Верховного Суду України:

1) про повне або часткове задоволення скарги;

2) про відмову в задоволенні скарги.

Судам слід мати на увазі, що, на відміну від ЦПК України, Кодекс адміністративного судочинства України унеможливлює ухвалення постанови, що суперечить рішенню міжнародної судової установи, юрисдикція якої визнана Україною, що має сприяти виконанню Україною своїх міжнародно-правових зобов'язань. Пункт 3 ст. 243 КАС України прямо передбачає, що Верховний Суд України задовольняє скаргу в разі визнання судового рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, таким, що порушує міжнародні зобов'язання України. При цьому Верховний Суд України може скасувати його повністю або в частині та направити справу на новий розгляд до суду першої, апеляційної чи касаційної інстанції залежно від того, суд якої інстанції першим допустив порушення міжнародних зобов'язань. Верховний Суд України може також скасувати судові рішення і прийняти нову постанову.

Слід звернути увагу, що на відміну від цивільного процесуального законодавства, КАС України прямо вказується на можливість оскарження постанови Верховного Суду України у випадку, якщо воно винесене у порядку перегляду судових рішень, які визнані міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, такими, що порушують міжнародні зобов'язання України. Відповідно до п. 3 ст. 242 КАС України, постанова Верховного Суду України є остаточною і не може бути оскаржена, крім випадку, встановленого п. 2 ст. 237 цього Кодексу.

Слід мати на увазі, що господарське процесуальне законодавство України також передбачає можливість перегляду рішень у господарських справах на підставі їх визнання міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, такими, що порушують міжнародні зобов'язання України. Відповідно до ст. 111^{14}, п. 31 та п. 4 ст. ПІ^{15} Господарського процесуального кодексу України (далі — ГПК України), сторони у справі та Генеральний прокурор України мають право оскаржити у касаційному порядку постанову Вищого господарського суду України, прийняту за наслідками перегляду рішення місцевого господарського суду, що набрало сили, чи постанови апеляційного господарського суду, а також ухвалу Вищого господарського суду України про повернення касаційної скарги (подання) до Верховного Суду України з мотивів невідповідності постанов чи ухвал міжнародним договорам, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також на підставі визнання постанов чи ухвал міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, такими, що порушують міжнародні зобов'язання України.

Стаття ПІ^{16} ГПК України передбачає, що касаційна скарга, касаційне подання Генерального прокурора України на постанову чи ухвалу Вищого господарсь-

кого суду України можуть бути подані не пізніше одного місяця з дня її прийняття. При цьому судам слід мати на увазі, що у п. 2 ст. Ш[16] ГПК України прямо вказується, що у разі виникнення підстав для оскарження постанови чи ухвали Вищого господарського суду України після закінчення зазначеного строку Верховний Суд України зобов'язаний прийняти касаційну скаргу (подання) до свого провадження. Тобто у разі подання скарги до Верховного Суду України на підставі ухвалення рішення про визнання постанов чи ухвал у господарських справах міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, такими, що порушують міжнародні зобов'язання України, у термін, що перевищує один місяць з дня їх прийняття, ця скарга має бути ним прийнята.

Відповідно до ст. ПІ[18] ГПК України, Верховний Суд України за результатами розгляду касаційної скарги, касаційного подання Генерального прокурора України на постанову чи ухвалу Вищого господарського суду України має право:

1) залишити постанову чи ухвалу без змін, а скаргу (подання) без задоволення;

2) скасувати постанову і передати справу на новий розгляд до суду першої інстанції або скасувати ухвалу і передати справу на розгляд до Вищого господарського суду України;

3) скасувати постанову чи ухвалу і припинити провадження у справі.

Слід враховувати, що згідно зі ст. ПІ[19] ГПК України однією з підстав для скасування постанов чи ухвал Вищого господарського суду України є їх невідповідність міжнародним договорам, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. При цьому ухвалення рішення про визнання постанов чи ухвал у господарських справах міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, такими, що порушують міжнародні зобов'язання України, має розглядатися як визнання невідповідності цих постанов та ухвал міжнародним договорам, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України та вважатися підставою для їх скасування Верховним Судом України.

Статтею ПІ[20] ГПК України передбачається, що за результатами розгляду касаційної скарги на постанову чи ухвалу Вищого господарського суду України ухвалюється постанова Верховного Суду України. Згідно з п. З ст. 111[20] ГПК України постанова Верховного Суду України є остаточною і оскарженню не підлягає. При цьому судам слід мати на увазі, що це положення не позбавляє особу, стосовно якої винесено постанову, у разі, якщо вона суперечить повністю чи частково рішенню відповідної міжнародної судової установи, права, після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна, як це передбачено абзацом 3 ст. 55 Конституції України.

Кримінально-процесуальний кодекс України (далі — КПК України) не передбачає права оскарження судових рішень у зв'язку із винятковими обставинами. Судам слід мати на увазі, що відсутність у КПК України положень, що регулюють провадження за винятковими обставинами, не означає, що у разі визнання міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, судового рішення у справі, що розглядалася в межах кримінального процесу, таким, що порушує міжнародні зобов'язання України, таке рішення міжнародної установи не породжує обов'язку переглянути відповідні рішення національних судів у межах національної правової системи та забезпечити відновлення порушених прав та свобод осіб. Такий підхід підтверджується положеннями Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». У статті 10 цього Закону, де повторний розгляд справи судом, включаючи

відновлення провадження у справі, визначається як шлях відновлення попереднього юридичного стану стягувача, йдеться про виконання рішень Європейського суду з прав людини з будь-якої категорії справ, у тому числі й кримінальних, що розглядалися в межах кримінального процесу, і, відповідно, можуть бути переглянуті лише у порядку кримінального судочинства України. Таким чином, у разі визнання міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, судового рішення у кримінальній справі, таким, що порушує міжнародні зобов'язання України, таке рішення має бути переглянуто в порядку виключного провадження згідно з положеннями глави 32 КПК України.

Особливої уваги потребує розгляд місця у системі нормативно-правових актів, що регулюють діяльність адвокатури, Положення про кваліфікаційно-дисциплінарну комісію адвокатури та Вищу кваліфікаційну комісію адвокатури, Правил адвокатської етики, Положення про оплату праці адвокатів за призначенням.

Стаття 1 Правил адвокатської етики, що були схвалені Вищою кваліфікаційною комісією адвокатури при Кабінеті Міністрів України 1 жовтня 1999 р. (протокол від 1—2 жовтня 1999 р. № 6/V) встановлює співвідношення Правил адвокатської етики і чинного законодавства про адвокатуру. Відповідно до цієї статті норми Правил адвокатської етики не відміняють і не замінюють положень чинного законодавства про адвокатуру, а доповнюють і конкретизують його. Дія цих Правил поширюється на всі види професійної діяльності адвоката і в частині, визначеній Правилами, — на іншу його діяльність (дії), котра може вступити в суперечність з професійними обов'язками адвоката або підірвати престиж адвокатської професії. Дія Правил адвокатської етики поширюється також на членів органів адвокатури, помічників адвокатів у частині, яка застосована до їх діяльності. Дія Правил поширюється на відносини, що виникли після їх прийняття.

Право офіційного тлумачення Правил адвокатської етики належить виключно Вищій кваліфікаційній комісії адвокатури при Кабінеті Міністрів України.

Положення про кваліфікаційно-дисциплінарну комісію адвокатури та Положення про Вишу кваліфікаційну комісію адвокатури було затверджено Указом Президента України від 5 травня 1993 р. № 155/93. Це Положення відповідно до Закону України «Про адвокатуру» визначає порядок організації та діяльності кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури. Кваліфікаційно-дисциплінарні комісії створюються в Автономній Республіці Крим (далі — АРК), областях, містах Києві та Севастополі. Основним завданням кваліфікаційно-дисциплінарної комісії є визначення рівня професійних знань осіб, які мають намір займатися адвокатською діяльністю, та вирішення питань про дисциплінарну відповідальність адвокатів. У своїй діяльності кваліфікаційно-дисциплінарна комісія керується Конституцією України, актами законодавства України, актами Вищої кваліфікаційної комісії адвокатури, прийнятими у межах її компетенції, а також цим Положенням.

Положення про порядок оплати праці адвокатів за надання юридичної допомоги громадянам у кримінальних справах, затверджене Міністерством юстиції України від 27 листопада 1991 р. № 9-396-1255, Міністерством фінансів України від 27 листопада 1991 р. № 16-209, втратило чинність відповідно до наказу Міністерства юстиції України від 16 серпня 2005 р. № 90/5.

1.13. Організаційні форми діяльності адвокатів за Законом України «Про адвокатуру». Правове становище та реєстрація адвокатських об'єднань та адвокатів, які займаються адвокатською діяльністю індивідуально. Взаємовідносини адвокатури з Міністерством юстиції України та з органами місцевого самоврядування.

Згідно зі ст. 4 Закону України «Про адвокатуру» адвокатура України здійснює : зою діяльність на принципах верховенства закону, незалежності, демократизму, гуманізму і конфіденційності.

Законом України «Про адвокатуру» передбачені такі організаційні форми діяльності адвокатів:

—індивідуальна;

—через відкриття свого адвокатського бюро;

—шляхом об'єднання з іншими адвокатами в колегії, адвокатські фірми, контори та інші адвокатські об'єднання, які діють відповідно до Закону України Про адвокатуру» та статутів адвокатських об'єднань.

Адвокатські об'єднання діють на засадах добровільності, самоврядування, колегіальності та гласності. Реєстрація адвокатських об'єднань провадиться у Міністерстві юстиції України в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України. Адвокатські об'єднання письмово повідомляють місцеві органи влади про свою реєстрацію, а адвокати — про одержання свідоцтва на право займатися адвокатською діяльністю.

Порядок утворення, діяльності, реорганізації та ліквідації адвокатських об'єднань, структура, штати, функції, порядок витрачання коштів, права та обов'язки керівних органів, порядок їх обрання та інші питання, що належать до їх діяльності, регулюються статутом відповідного об'єднання.

Адвокатські бюро, колегії, фірми, контори та інші адвокатські об'єднання є юридичними особами. Адвокати та адвокатські об'єднання відкривають поточні та вкладні (депозитні) рахунки в банках на території України, а у встановленому чинним законодавством порядку — і в іноземних банках, мають печатку і штамп зі своїм найменуванням.

Вихідні засади, на яких будуються відносини адвокатури з Міністерством юстиції України, місцевими органами державного управління, закріплено у ст. 18 Закону України «Про адвокатуру». Так, згідно з цим законодавчим положенням Міністерство юстиції України:

—забезпечує необхідне фінансування оплати праці адвокатів за рахунок держави у разі участі адвоката у кримінальній справі за призначенням та при звільненні громадян від оплати юридичної допомоги;

—узагальнює адміністративні дані про адвокатську діяльність;

— сприяє проведенню заходів щодо підвищення професійного рівня адвокатів.

Місцеві органи державного управління у межах своєї компетенції сприяють адвокатам та адвокатським об'єднанням у вирішенні соціальних питань, надають їм в оренду придатні для роботи приміщення, встановлюють пільги щодо орендної плати за використання приміщень тощо.

1.14. Види адвокатської діяльності. Особливості у виконанні доручень у кримінальних та цивільних справах: прийняття доручення, встановлення розміру та порядку внесення гонорару, обрання правової позиції у справі та узгодження її з клієнтом, можливості та підстави припинення виконання доручення у справі та дострокове розірвання угоди на надання правової допомоги.

Видами адвокатської діяльності відповідно до ст. 5 Закону України «Про адвокатуру» є:

—надання консультацій та роз'яснень з юридичних питань;

—надання усних і письмових довідок щодо законодавства;

—складання заяв, скарг та інших документів правового характеру;

—посвідчення копій документів у справах, які ведуть адвокати;

—здійснення представництва в суді, інших державних органах перед громадянами та юридичними особами;

—надання юридичної допомоги підприємствам, установам, організаціям;

—здійснення правового забезпечення підприємницької та зовнішньоекономічної діяльності громадян і юридичних осіб;

—виконання своїх обов'язків відповідно до кримінально-процесуального законодавства у процесі дізнання та попереднього слідства.

Адвокат може здійснювати й інші види юридичної допомоги, передбачені законодавством.

Адвокат надає правову допомогу згідно з чинним законодавством про види адвокатської діяльності на підставі угоди з клієнтом про надання правової допомоги або за призначенням особи, яка здійснює дізнання, слідчого чи суду в порядку, передбаченому кримінально-процесуальним законодавством України. У випадках надання правової допомоги таких видів, як консультації та роз'яснення з правових питань, довідки щодо законодавства, складення окремих правових документів, угода може укладатися у спрощеній письмовій формі (рядок у відомості тощо) або усній формі, коли правова допомога надається безкоштовно. Стосовно надання правової допомоги інших видів угода може укладатися в усній формі лише в ситуації, коли укладення письмової угоди є неможливим, а клієнт потребує невідкладного надання правової допомоги. У таких випадках угода підлягає наступному письмовому оформленню. У всіх інших випадках доручення клієнта на надання йому адвокатом правової допомоги підлягає оформленню у формі письмової угоди про надання правової допомоги.

В угоді про надання правової допомоги мають бути чітко і недвозначно визначені всі головні умови, на яких адвокат приймає доручення клієнта. Обов'язково мають бути визначені:

а) прізвище, ім'я та по батькові, адреса фізичної особи або назва та адреса юридичної особи — клієнта;

б) ті ж відомості щодо особи, яка уклала угоду, якщо договір укладається не особисто клієнтом;

в) прізвище, ім'я та по батькові адвоката (або назва адвокатського об'єднан ня), який надаватиме правову допомогу, та його адреса;

г) зміст доручення: яка саме правова допомога має надаватися за угодою і де вона має надаватися;

г) розмір гонорару, порядок його обчислення (фіксована сума, погодинна оплата) і внесення (авансування, оплата за результатом тощо);
д) розмір, порядок обчислення і внесення фактичних видатків, пов'язаних із виконанням доручення;
є) підписи осіб, які уклали угоду.

Угода не повинна містити положень, що суперечать чинному законодавству та Правилам адвокатської етики. Зокрема, забороняється включення в угоду з клієнтом положень про позбавлення його права стягнення шкоди, заподіяної неналежним виконанням адвокатом прийнятого доручення, або про обмеження такого права.

Адвокат може прийняти доручення на надання правової допомоги тільки безпосередньо від клієнта або його представника, уповноваженого на укладання угоди з адвокатом, або законного представника неповнолітнього чи недієздатного клієнта, або органу (посадової особи), уповноваженого призначати захисника в кримінальному судочинстві відповідно до КПК України.

У всіх випадках, коли допускається прийняття доручення не безпосередньо від клієнта, а від його представника, адвокат зобов'язаний отримати підтвердження згоди клієнта на надання йому правової допомоги цим адвокатом, якщо у представника відсутні повноваження на вибір адвоката на свій розсуд без погодження з клієнтом.

До підписання угоди адвокат має повідомити клієнту, в яких галузях права він спеціалізується, якщо така спеціалізація має місце, а на прохання клієнта — відомості про стаж роботи адвокатом, наявність досвіду у веденні певної категорії справ та обставини, що можуть вплинути на можливе виникнення конфлікту інтересів.

Приймаючи доручення на надання правової допомоги, адвокат повинен зважити свої можливості з його виконання і зобов'язаний відмовитися від прийняття доручення, якщо є розумно достатні підстави вважати, що стосовно цього доручення норми цих Правил, в яких втілений принцип компетентності, не можуть бути адвокатом дотримані.

У випадку, коли для досягнення рівня компетентності, необхідного для належного виконання доручення, адвокату потрібна спеціальна підготовка, то виходить за межі звичайної підготовки до справи і вимагає значного часу через відсутність з адвоката спеціальних знань законодавства, що підлягає застосуванню у цьому випадку, або досвіду ведення відповідної категорії справ, адвокат зобов'язаний до укладення угоди з клієнтом попередити його про необхідність такої підготовки.

Адвокат не повинен приймати доручення на надання правової допомоги, якщо він через обсяг зайнятості не зможе забезпечити розумно необхідну сумлінність виконання доручення, досконалість, ретельність підготовки, оперативність під час виконання доручення, крім випадків, коли відмова від прийняття доручення в конкретній ситуації може призвести до суттєвого порушення прав та законних інтересів клієнта, або коли клієнт дає згоду на запропоновані йому строки виконання доручення, якщо відстрочка об'єктивно не повинна суттєво позначитись на можливості належного виконання доручення. У будь-якому випадку до укладення угоди з клієнтом адвокат зобов'язаний попередити клієнта про складнощі і можливі негативні наслідки для результату виконання доручення, пов'язані з обсягом зайнятості цього адвоката.

До підписання угоди про надання правової допомоги у справі, що підлягає .удовому розгляду, адвокат повинен з'ясувати всі відомі клієнту обставини, які можуть позначитися на визначенні наявності правової позиції у справі та її змісті,

та запитати і вивчити всі відповідні документи, які є в розпорядженні клієнта.

Адвокат не повинен приймати доручення на виконання дій, що виходять за межі його професійних прав та обов'язків.

Якщо адвокат переконається у наявності фактичних і правових підстав для виконання певного доручення, він повинен неупереджено й об'єктивно викласти їх клієнту і повідомити в загальних рисах, який час і обсяг роботи вимагатиметься для виконання цього доручення, та які правові наслідки досягнення результату, якого бажає клієнт, може мати для суттєвих інтересів клієнта. Якщо за наявності фактичних і правових підстав для виконання доручення, свідомо для адвоката існує поширена несприятлива (з точки зору гіпотетичного результату, бажаного для клієнта) практика застосування відповідних норм права, адвокат зобов'язаний повідомити про це клієнта. У випадку, коли адвокат дійде висновку про відсутність фактичних та правових підстав для виконання доручення, він зобов'язаний повідомити про це клієнта та узгодити з ним зміну змісту доручення, що відповідав би тому гіпотетичному результату, котрий може бути досягнутий згідно з чинним законодавством, або відмовитися від прийняття доручення.

Адвокат повинен повідомити клієнта про можливий результат виконання доручення на підставі закону та практики його застосування. При цьому забороняється давати клієнту запевнення і гарантії стосовно реального результату виконання доручення, прямо або опосередковано сприяти формуванню у нього необгрунтованих надій, а також уявлення, що адвокат може вплинути на результат іншими засобами, крім сумлінного виконання своїх професійних обов'язків.

Адвокату забороняється приймати доручення, якщо результат, якого бажає клієнт, або засоби його досягнення, на яких клієнт наполягає, є протиправними. Якщо клієнт наполягає на використанні засобів виконання доручення, котрі є протиправними, адвокат повинен повідомити клієнта про неприпустимість їх застосування та вказати на можливі законні шляхи досягнення того самого або подібного результату. Якщо і при цьому не вдається узгодити з клієнтом зміну змісту доручення, адвокат зобов'язаний відмовитися від укладення з клієнтом угоди.

Адвокат не має права прийняти доручення, якщо інтереси клієнта об'єктивно суперечать інтересам іншого клієнта, з яким адвокат (адвокатське об'єднання) зв'язаний угодою про надання правової допомоги, або якщо є розумні підстави вважати, що передбачуваний розвиток інтересів нового і попереднього клієнта призведе до виникнення суперечності інтересів. Це обмеження може бути скасоване в конкретному випадку за письмовою згодою обох (всіх тих) клієнтів, інтереси яких є (або можуть стати) суперечливими.

Адвокат не може прийняти доручення, знаючи, що його виконання може суперечити його власним інтересам, інтересам його родичів чи адвокатського об'єднання, членом якого він є, або суперечитиме його професійним та іншим обов'язкам, партійним чи релігійним переконанням. Прийняття доручення за таких обставин можливе лише за умови повідомлення клієнту про можливий конфлікт інтересів і отримання письмової згоди клієнта на представництво його інтересів цим адвокатом, а також за умови, що адвокат впевнений, що він зможе зберегти незалежність і об'єктивність своїх висновків та дій, а також дотримання всіх інших професійних та етичних вимог під час виконання цього доручення. У будь-якому випадку адвокат не може прийняти доручення, у предметі якого безпосередньо заінтересований він особисто або його близький родич (або партнер, помічник, член технічного персоналу, член адвокатського об'єднання, до

якого належить адвокат), від клієнта, інтереси котрого суперечать інтересам вказаних осіб.

Адвокат, який перебуває в родинних стосунках з іншим адвокатом (батько, мати, син, дочка, рідний брат або сестра, подружжя), не повинен приймати доручення клієнта, знаючи, що його інтереси суперечать інтересам клієнта, якого представляє цей інший адвокат, за винятком випадків, коли обидва клієнти дають на це свою згоду після роз'яснення кожному з них його адвокатом ситуації, що склалася.

На особливості призначення адвоката у кримінальних справах звернула увагу Вища кваліфікаційна комісія адвокатури при Кабінеті Міністрів України, яка надала роз'яснення «Про обов'язковість виконання адвокатами вимог ст. 47 Кримінально-процесуального кодексу України» від 18 лютого 2005 р. № IV/9-2-7. Відповідно до цього роз'яснення ст. 47 КПК України передбачає, що особа, яка провадить дізнання, слідчий чи суд можуть призначити захисника у встановленому законом порядку через адвокатське об'єднання. Вказана норма не містить імперативного наказу щодо необхідності призначати захисників лише з членів адвокатів) адвокатських об'єднань, вона закріплює можливість призначення захисника через адвокатські об'єднання, не виключаючи можливості призначення для захисту адвокатів, які практикують індивідуально, і не є членами адвокатського об'єднання.

Як вбачається зі змісту ст. 1 Закону України «Про адвокатуру», всі адвокати, незалежно від того, чи практикують вони індивідуально, чи входять в адвокатські об'єднання, покликані, згідно з Конституцією України, сприяти захисту прав, свобод і представляти законні інтереси громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства, юридичних осіб, подавати їм іншу юридичну допомогу. Закон не встановлює ні переваг, ні обмежень для різних форм здійснення адвокатської діяльності, у зв'язку з чим кожен адвокат зобов'язаний здійснювати захист прав та свобод особи, в тому числі і за дорученням керівника адвокатського об'єднання, незалежно від того, чи входить такий адвокат до даного адвокатського об'єднання, виконувати вимоги ст. 47 КПК України. Безпричинна відмова від виконання такого доручення є підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності.

Контрольно-дисциплінарна комісія адвокатури (КДКА) повинна визначити, на яке адвокатське об'єднання в регіоні її діяльності покладається здійснення координації виконання доручень слідчих, судових органів про забезпечення захисту за призначенням. У тих випадках, коли у відповідному регіоні не створено ідвокатського об'єднання, тимчасово, до їх створення у встановленому порядку і законодавчого врегулювання, координаційні функції виконання постанов уповноважених органів про захист особи за призначенням, повинна взяти на себе в оповідна КДКА.

Оплата праці адвоката здійснюється на підставі угоди між громадянином чи юридичною особою і адвокатським об'єднанням чи адвокатом.

У разі участі адвоката у кримінальній справі за призначенням та при звільненні громадянина від оплати юридичної допомоги через його малозабезпеченість оплата праці адвоката здійснюється за рахунок держави в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Порядок призначення адвоката для подання юридичної допомоги громадянам визначається кримінально-процесуільним законодавством.

Якщо договір розривається достроково, оплата праці адвоката провадиться за эактично виконану роботу. У разі неналежного виконання доручення на вимогу

громадянина або юридичної особи, які уклали договір з адвокатом чи з адвокатським об'єднанням, внесена плата повертається їм повністю або частково, а при виникненні спору — за рішенням суду.

Порядок оплати праці помічника адвоката визначається угодою між ним та адвокатом чи адвокатським об'єднанням. Заробітна плата помічника адвоката не може бути нижчою від встановленого державою мінімального розміру заробітної плати.

Якщо громадянин був звільнений особою, яка провадить дізнання, слідчим, прокурором чи судом від оплати правової допомоги у зв'язку з їхньою малозабезпеченістю, а також у разі, коли адвокат за їх призначенням брав участь у процесі дізнання, попереднього слідства чи в судових засіданнях, оплата праці адвоката здійснюється відповідно до постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку оплати праці адвокатів з надання громадянам правової допомоги в кримінальних справах за рахунок держави» від 14 травня 1999 р. № 821 (далі —Порядок). Підставою для оплати праці адвокатів з надання правової допомоги громадянам у кримінальних справах у таких випадках є постанова особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора, ухвала суду чи постанова судді та оформлена ними довідка про участь адвоката у справі. Копія постанови, ухвали про звільнення громадянина від оплати правової допомоги або про призначення адвоката та довідка про його участь у справі подаються керівнику адвокатського об'єднання (адвокату, якщо він працює індивідуально), який складає довідку-розрахунок у трьох примірниках. Один примірник довідки-розрахунку керівник адвокатського об'єднання (адвокат) надсилає особі, яка провадила дізнання, слідчому, прокурору чи суду для приєднання до кримінальної справи, другий використовується для проведення оплати, третій зберігається у справах адвокатського об'єднання (адвоката). Оплата праці адвокатів здійснюється згідно з цим Порядком за рахунок державного бюджету у розмірі 15 грн за повний робочий день. Якщо адвокат був зайнятий у справі неповний робочий день, то оплата його праці провадиться пропорційно до затраченого часу виходячи з цього розміру оплати. У разі коли адвокат надавав правову допомогу підозрюваному, обвинуваченому чи підсудному у процесі дізнання, попереднього слідства або в судових засіданнях за призначенням, то при визнанні громадянина винним у вчиненні злочину і за відсутності підстав для звільнення його від оплати за правову допомогу відшкодування витрат покладається на засудженого. Контроль за виконанням вироку суду в частині стягнення з винної особи витрат на оплату праці адвоката здійснюється в установленому законодавством порядку. Кошти за надання правової допомоги перераховуються адвокатському об'єднанню (адвокату) Головним управлінням юстиції Мін'юсту в АРК, обласними, Київським та Севастопольським міськими управліннями юстиції протягом 10 днів після одержання від них документів, передбачених у Порядку.

Правила адвокатської етики складовою принципу незалежності адвоката називають положення, відповідно до якого адвокат не повинен ділити гонорар, отриманий від клієнта, з іншими особами, крім адвоката, що раніше виконував це доручення, та спадкоємців померлого адвоката, чиє частково виконане доручення він прийняв.

Клієнт може в будь-який час і з будь-яких причин (або без їх пояснення) розірвати угоду з адвокатом в односторонньому порядку. Адвокат не має права вчиняти тиск на клієнта з метою перешкодити реалізації цього права. Водночас адвокат, якому став відомий намір клієнта розірвати угоду з ним, повинен пояс-

нити клієнту можливі наслідки цього для перспективи подальшого виконання його доручення, з'ясувати причини, що спричинили ініціювання клієнтом розірвання угоди, і якщо вони пов'язані з помилковим уявленням клієнта про хід захисту (представництва) його інтересів або обумовлені недоліками в захисті (представництві) клієнта адвокатом, які можуть бути усунені, — пояснити це клієнту і обговорити з ним можливість збереження угоди, якщо це об'єктивно відповідає інтересам клієнта.

Адвокат може достроково (до завершення виконання доручення) розірвати угоду з клієнтом за сукупності таких умов:

1) клієнт згоден на розірвання угоди, маючи достатню інформацію про можливі наслідки цього для перспективи виконання його доручення;

2) у клієнта є реальна можливість звернутися до іншого адвоката;

3) чинним законодавством не передбачено неможливість розірвання угоди про надання правової допомоги певного виду.

Без дотримання вказаних вище умов адвокат може достроково розірвати угоду з клієнтом за однієї з таких обставин:

1) клієнт вчиняє дії, що стосуються суті доручення, на порушення чинного законодавства і відмовляється припинити їх вчинення, не зважаючи на роз'яснення адвоката;

2) клієнт використовує правову допомогу, що йому надається адвокатом, для полегшення вчинення злочину;

3) клієнт, не зважаючи на роз'яснення адвоката, наполягає на досягненні результату, який через нові або нововиявлені обставини є об'єктивно недосяжним;

4) клієнт грубо порушує обов'язки, взяті ним на себе згідно з угодою про надання правової допомоги;

5) належне виконання доручення стає неможливим через дії клієнта, що вчиняються ним всупереч порадам адвоката;

6) клієнт вчиняє дії, що ганьблять честь, гідність і ділову репутацію адвоката;

7) клієнт не погоджується погашати фактичні видатки у випадку, якщо вони є необхідними для подальшого виконання доручення;

8) фізичний або психологічний стан адвоката позбавляє його можливості належним чином продовжувати виконання доручення; у цьому випадку адвокат зобов'язаний вжити всіх доступних йому заходів для запобігання ущемленню законних інтересів клієнта і забезпеченню подальшого представництва клієнта іншим адвокатом.

У всіх випадках розірвання угоди за ініціативою адвоката він зобов'язаний попередити про це клієнта, пояснити йому причини розірвання угоди, пересвідчитися, що вони об'єктивно або суб'єктивно, виходячи з позиції, зайнятої клієнтом, не можуть бути усунені, і вжити розумно необхідних заходів для захисту законних інтересів клієнта.

Угода про надання правової допомоги може бути в будь-який час розірвана за взаємною згодою адвоката і клієнта за умови, що клієнту повідомлено можливі наслідки розірвання угоди для перспективи виконання його доручення.

У випадку, коли у процесі виконання доручення клієнта адвокат дізнався про снування суперечності між інтересами цього та інших клієнтів, він повинен гозірвати угоду з клієнтом (одним з клієнтів), якщо не буде отримано відповідної письмової згоди клієнта (клієнтів) або осіб, заінтересованих у збереженні конфіденційної інформації, на подальше представництво його (їх) інтересів цим адвокатом або на розголос конфіденційної інформації.

При розірванні угоди (незалежно від причин) адвокат зобов'язаний:

1) повернути клієнту отримані від нього документи, а також документи, видані адвокату для клієнта іншими особами в ході виконання доручення, майно, пере дане клієнтом на зберігання адвокату, та невитрачені кошти, що призначалися для погашення видатків, пов'язаних із виконанням доручення;

2) поінформувати клієнта щодо здійсненої адвокатом роботи і передати клієнту копії процесуальних документів, складених адвокатом при виконанні до ручення. Це правило не поширюється на випадки розірвання угоди адвокатом з підстав грубого порушення клієнтом зобов'язань, прийнятих на себе згідно з угодою, що виразилося у відмові від сплати або фактичній несплаті гонорару в повному обсязі.

Якщо стороною в угоді з клієнтом про надання правової допомоги виступає адвокатське об'єднання, то при виникненні обставин, які є підставами для розірвання угоди, пов'язаних із конкретним адвокатом, якого об'єднання призначило для надання правової допомоги клієнту, адвокатське об'єднання повинне вжити заходів для заміни адвоката за згодою клієнта, якщо при цьому можуть бути дотримані вимоги Правил адвокатської етики.

1.15. Завдання адвокатури згідно з Конституцією України. Коло осіб, які можуть залучатися до надання правової допомоги як захисники у кримінальній справі. Рішення Конституційного Суду України та постанови Пленуму Верховного Суду України з цього питання.

Конституція України є Основним Законом держави. Відповідно до ст. 8 Конституції України, цей нормативно-правовий акт має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй.

Стаття 59 Конституції України гарантує кожному право на правову допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав. Для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура.

Положення цієї статті Основного Закону нашої держави отримали офіційне тлумачення згідно з Рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень ст. 59 Конституції України, ст. 44 КПК України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі — КпАП) (справа про право вільного вибору захисника) від 16 листопада 2000 р.№ 13-рп/2000 (справа № 1-17/2000).

Приводом для розгляду справи згідно зі статтями 42, 43 Закону України «Про Конституційний Суд України» стало конституційне звернення громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень ст. 59 Конституції України, ст. 44 КПК України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Підставою для розгляду справи відповідно до ст. 94 Закону України «Про Конституційний Суд України» стала наявність неоднозначного застосування положень ст. 59 Конституції України, ст. 44 КПК України щодо права вільного вибору захисника під час розгляду кримшальних справ.

Необхідність офіційного тлумачення наведених правових норм Г. І. Солдатов обґрунтовував тим, що під час попереднього розслідування кримінальної справи

слідчий, прокурор та суд загальної юрисдикції відмовили йому в задоволенні кло- I зотання про допуск як захисника працівника приватної юридичної фірми, з якою I зін уклав угоду-доручення на представництво його інтересів у кримінальній і справі. Зазначені посадові особи та суд посилалися на відсутність у працівника цієї юридичної фірми свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю. Така відмова, як стверджував громадянин Г. І. Соддатов, призвела до порушення його конституційного права на вільний вибір захисника своїх прав.

Додані до конституційного звернення документи свідчили, що стосовно Г. І. Солдатова було порушено кримінальну справу, в якій його було визнано підозрюваним у вчиненні злочину. У зв'язку з цим він заявив клопотання про допуск захисником його прав працівника приватної юридичної фірми, яка має право на здійснення представництва громадян за їхнім дорученням у кримінальних справах. Слідчим податкової міліції було відмовлено у задоволенні клопотання з тих мотивів, що працівник цієї фірми не мав свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю.

Дії слідчого Г. І. Соддатов оскаржив прокурору м. Маріуполя Донецької області. Скаргу було відхилено з посиланням на те, що слідчим прийнято рішення заповідно до вимог ст. 44 КПК України. Г. І. Солдатов звернувся до Жовтневого районного суду м. Маріуполя зі скаргою на дії слідчого та прокурора щодо відхилення його клопотання. Суд визнав дії зазначених посадових осіб неправомірними і зобов'язав слідчого допустити працівника приватної юридичної фірми захисником Г. І. Солдатова у кримінальній справі.

Судова колегія Донецького обласного суду за касаційним поданням прокурора м. Маріуполя скасувала рішення районного суду і припинила провадження у ; праві, мотивуючи тим, що відповідно до ч. 2 ст. 59 Конституції України для забезпечення права на захист від обвинувачення в Україні діє адвокатура, а згідно з положенням ч. 1 ст. 44 КПК України захисником підозрюваного, обвинувачено-зо і підсудного допускаються особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю.

Відповідно до роз'яснень, що містяться у п. 4 постанови Пленуму Верховного Гуду України «Про застосування законодавства, яке забезпечує підозрюваному, Звинуваченому, підсудному право на захист» від 7 липня 1995 р. № 10 (з наступними змінами), як захисники підозрюваних, обвинувачених і підсудних допускаються лише особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, що видається їм згідно з вимогами ст. 2 Закону України «Про адвокатуру». Не можуть допускатися до участі у справі як захисники особи, які мають інші документи (ліцензії) на здійснення юридичної практики чи підприємницької діяльності тощо.

Таким чином, матеріали справи свідчили про наявність неоднозначного застосування положень ст. 59 Конституції України щодо гарантії підозрюваному, :ювинуваченому і підсудному права на вільний вибір захисника.

Під час розгляду цієї справи Конституційний Суд України навів таке юридичне обґрунтування.

Відповідно до положень ч. 2 ст. 3 Конституції України, права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Консти-зуція України гарантує права та свободи людини і громадянина (ч. 2 ст. 22), які не можуть бути обмежені за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними та іншими ознаками (ч. 2 ст. 24). Права і

свободи є основним елементом правового статусу людини і громадянина. Діставши закріплення в Конституції України, права і свободи визначають міру можливої поведінки людини і громадянина, відображають певні межі цих прав і свобод, можливість користуватися благами для задоволення своїх інтересів.

З метою забезпечення реалізації закріплених прав та свобод людини і громадянина Конституція України встановлює відповідні правові гарантії. Зокрема, у ч. 1 ст. 59 Конституції України закріплено право кожного на правову допомогу. Право на правову допомогу — це гарантована Конституцією України можливість фізичної особи одержати юридичні (правові) послуги.

Держава в особі відповідних органів визначає певне коло суб'єктів надання правової допомоги та їх повноваження. Аналіз чинного законодавства України з цього питання дав підстави Конституційному Суду України на момент розгляду справи визначити, зокрема, такі види суб'єктів надання правової допомоги:

— державні органи України, до компетенції яких входить надання правової допомоги (Міністерство юстиції України, Міністерство праці та соціальної політики України, нотаріат тощо);

— адвокатура України як спеціально уповноважений недержавний професійний правозахисний інститут, однією з функцій якого є захист особи від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах (ч. 2 ст. 59 Конституції України);

— суб'єкти підприємницької діяльності, які надають правову допомогу клієнтам у порядку, визначеному законодавством України;

— об'єднання громадян для здійснення і захисту своїх прав і свобод (ч. 1 ст. 36 Конституції України).

Положення ч. 1 ст. 59 Конституції України гарантує кожному право на вільний вибір захисника своїх прав. Визначення поняття «захисник» у чинному законодавстві України відсутнє. У Конституції України це поняття вживається також у ч. 4 ст. 29, положення якої гарантують кожному заарештованому чи затриманому можливість користуватися правовою допомогою захисника. .

Відповідно до ч. 1 ст. 44 КПК України, у редакції, яка була чинною на час розгляду справи Конституційним Судом України, як захисники підозрюваних, обвинувачених і підсудних допускаються особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю. За згодою підсудного допускаються близькі родичі, опікуни або піклувальники. Ця процесуальна норма визначала, що у досудовому провадженні кримінальної справи як захисники допускаються лише адвокати, а при судовому розгляді такої справи як захисники допускаються адвокати і за згодою підсудного — близькі родичі, опікуни або піклувальники.

Інше чинне процесуальне законодавство України на момент розгляду справи не містило терміна «захисник», а вживало поняття «представництво в суді». Представниками сторін і третіх осіб, крім представників за законом, могли бути також адвокати. Ці положення було закріплено у статтях 110—112 ЦПК України 1963 р., у ст. 28 Арбітражного процесуального кодексу України. Процесуальні положення Кодексу України про адміністративні правопорушення передбачали право фізичної особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, при розгляді справи користуватися юридичною допомогою адвоката (ст. 268).

Конституційний Суд України також посилався на те, що науково-теоретична та довідково-енциклопедична література не містить однозначного визначення терміна «захисник». За одним тлумаченням цей термін ототожнюється з терміном «адвокат», за іншим — терміну «захисник» надається більш широке значення.

У своєму рішенні єдиний орган конституційної юрисдикції підкреслив, що скріпивши право будь-якої фізичної особи на правову допомогу, консти-- унійний припис «кожен є вільним у виборі захисника своїх прав» (ч. 1 ст. 59 Конституції України) за своїм змістом є загальним і стосується не лише підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного, а й інших фізичних осіб, яким гарантується право вільного вибору захисника з метою захисту своїх прав та законних пересів, що виникають з цивільних, трудових, сімейних, адміністративних та інших правовідносин, а не тільки з кримінальних. Право на захист, зокрема, може бути реалізоване фізичною особою у цивільному, арбітражному, адміністра-- изному і кримінальному судочинстві.

Про загальність положень ч. 1 ст. 59 Конституції України свідчить положення
- 2 ст. 63 Конституції України, яке окремо закріплює право підозрюваного, обви-
- гаченого чи підсудного на захист.

Щодо права підозрюваного, обвинуваченого і підсудного на захист від обвинувачення в аспекті конституційного звернення громадянина Г. І. Солдатова, то Конституційний Суд України виходив з такого.

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, ратифікована z ерховною Радою України 17 липня 1997 р., передбачає право кожного обвинуваченого захищати себе особисто або використовувати правову допомогу захис-
- :::<а, вибраного ним на власний розсуд (ст. 6). У Міжнародному пакті про грома

дянські та політичні права від 16 грудня 1966 р., ратифікованому Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 19 жовтня 1973 р. № 2148-VIII, зазначено, є ржава повинна гарантувати кожному, чиї права і свободи порушено, ефектний засіб правового захисту, і таке право повинно встановлюватися судовим І5О будь-яким іншим компетентним органом, передбаченим правовою системою держави (ст. 2), та можливість вільного вибору обвинуваченим захисника (п. З ст. 14). «Основні принципи, що стосуються ролі юристів», прийняті восьмим чгнгресом ООН з питань попередження злочинності і поводження з правопо- шками 27 серпня — 7 вересня 1990 р., передбачають, що кожна людина має - ґаво звернутися до будь-якого юриста за допомогою для захисту і відстоювання . ;- :іх прав та захисту їх на всіх стадіях кримінального судочинства (принцип 1); «гдний суд чи адміністративний орган, в якому визнається право на адвоката, не :- умовляється визнавати права юриста відстоювати в суді інтереси свого клієнта, ; І винятком тих випадків, коли юристу було відмовлено у праві виконувати свої - рофесійні обов'язки відповідно до національного права і практики та цих прин- в (принцип 19). Таким чином, наведені міжнародно-правові акти передбачають право кожного обвинуваченого захищати себе особисто або через вільно вибраного ним на : -існий розсуд захисника з-поміж юристів, які можуть надати ефективний правовий захист. Ці положення міжнародно-правових актів щодо права фізичної >;оби на захист від обвинувачення відтворені у положеннях ч. 1 ст. 59 Конституції

ни, які закріплюють право кожної фізичної особи на правову допомогу і -ґаво вільного вибору захисника з метою захисту від обвинувачення.

Положення ч. 2 ст. 59 Конституції України про те, що для забезпечення пра--*і* на захист від обвинувачення в Україні діє адвокатура, не може тлумачитися ^аво підозрюваного, обвинуваченого і підсудного вибирати захисником ли-: адвоката, тобто особу, яка має свідоцтво про право на заняття адвокатською ністю відповідно до Закону України «Про адвокатуру» від 19 грудня 1992 р. ст 2). Це положення треба розуміти як одну з конституційних гарантій, що налає підозрюваному, обвинуваченому і підсудному можливість реалізувати своє

право вільно вибирати захисником у кримінальному судочинстві адвоката, тобто особу, яка має право на заняття адвокатською діяльністю. У такий спосіб держава бере на себе обов'язок забезпечити реальну можливість надання особам кваліфікованого захисту від обвинувачення, якщо цього вимагають інтереси правосуддя. Допуск приватнопрактикуючого юриста, який займається наданням правової допомоги особисто або за дорученням юридичної особи як захисника ніяк не порушує право підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного на захист.

Таким чином, Конституційний Суд України дійшов висновку, що положення ч. 1 ст. 59 Конституції України про те, що кожен є вільним у виборі захисника своїх прав, в аспекті конституційного звернення громадянина Г. І. Солдатова треба розуміти як конституційне право підозрюваного, обвинуваченого і підсудного при захисті від обвинувачення, а також особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, з метою отримання правової допомоги вибрати захисником своїх прав особу, яка є фахівцем у галузі права і за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи.

Нагадаємо, що ч. 1 ст. 44 КПК України у чинній на момент розгляду справи редакції, зокрема, визначала: «Як захисники підозрюваних, обвинувачених і підсудних допускаються особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю». Положення ч. 1 ст. 268 Кодексу України про адміністративні правопорушення передбачало право особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, при розгляді справи користуватися юридичною допомогою адвоката. За своїм змістом положення цих правових норм передбачали можливість допуску лише адвокатів як захисників підозрюваного, обвинуваченого і підсудного або особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, тобто інші фахівці у галузі права захисниками не допускалися.

Конституційний Суд України дійшов висновку, що обмеження права підозрюваного, обвинуваченого і підсудного та особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, на вільний вибір захисниками інших юристів, які мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, суперечить положенням ч. 1 ст. 59 та ст. 64 Конституції України, за якими конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України. Зокрема, не можуть бути обмежені у будь-який спосіб права і свободи людини і громадянина, передбачені статтями 55, 59, 63 Конституції України.

Конституційний Суд України звернув також увагу на те, що згідно з положеннями ч. 3 ст. 42 Конституції України держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності. Закріплення лише за адвокатами права на здійснення захисту підозрюваного, обвинуваченого і підсудного від обвинувачення та надання юридичної допомоги особам, які притягаються до адміністративної відповідальності, не сприяє конкуренції щодо надання кваліфікованої правової допомоги у цих сферах і підвищенню кваліфікації фахівців у галузі права.

Таким чином, рішенням Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000 положення ч. 1 ст. 44 КПК України, за яким обмежувалося право на вільний вибір підозрюваним, обвинуваченим і підсудним як захисника, крім адвоката, іншого фахівця у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, та ч. 1 ст. 268 КпАП, за яким обмежувалося право на вільний вибір особою, яка притягається до адміністративної відповідальності, як захисника, крім адвоката, іншого фахівця в галузі права, який за законом має право на надання правової

допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, були визнані такими, що не відповідають положенням ч. 1 ст. 59 Конституції України.

Виходячи з викладеного та керуючись статтями 147, 150, 152 Конституції України, статтями 50, 61, 63, 65, 95 Закону України «Про Конституційний Суд України», Конституційний Суд України вирішив:

1. Положення ч. 1 ст. 59 Конституції України про те, що «кожен є вільним у виборі захисника своїх прав», в аспекті конституційного звернення громадянина Солдатова Г. І. слід розуміти як конституційне право підозрюваного, обвинуваченого і підсудного при захисті від обвинувачення та особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, з метою отримання правової допомоги вибирати захисником своїх прав особу, яка є фахівцем у галузі права і за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи.

2. Положення ч. 2 ст. 59 Конституції України про те, що «для забезпечення права на захист від обвинувачення... в Україні діє адвокатура», треба розуміти як одну із конституційних гарантій, що надає підозрюваному, обвинуваченому і підсудному можливість реалізувати своє право вільно вибирати захисником у кримінальному судочинстві адвоката — особу, яка має право на заняття адвокатською діяльністю.

3. Положення ч. 1 ст. 44 КПК України, за яким обмежується право на вільний вибір підозрюваним, обвинуваченим і підсудним як захисника своїх прав, крім адвоката, іншого фахівця у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, а також положення ч. 1 ст. 268 КпАП, за яким обмежується право на вільний вибір особою, яка притягається до адміністративної відповідальності, як захисника своїх прав, крім адвоката, іншого фахівця у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, були визнані такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними). У зв'язку з цим вони втратили чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України цього Рішення.

Нова редакція цих законодавчих положень є такою. Частина 1 ст. 44 КПК України передбачає, що захисником є особа, яка в порядку, встановленому законом, уповноважена здійснювати захист прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого та надання їм необхідної юридичної допомоги при провадженні у кримінальній справі. Як захисники допускаються особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю в Україні та інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи. У випадках і в порядку, передбачених КПК України, як захисники допускаються близькі родичі обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, його опікуни або піклувальники.

Повноваження захисника на участь у справі стверджується:

1) адвоката — ордером відповідного адвокатського об'єднання;

2) адвоката, який не є членом адвокатського об'єднання, — угодою, інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи або дорученням юридичної особи, — угодою або дорученням юридичної особи;

3) близьких родичів, опікунів або піклувальників — заявою обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого про їх допуск до участі в справі як захисників.

Ця ж стаття КПК України передбачає, що захисник допускається до участі в справі на будь-якій стадії процесу. Близькі родичі обвинуваченого, його опікуни

або піклувальники в якості захисників допускаються до участі в справі з моменту пред'явлення обвинуваченому для ознайомлення матеріалів досудового слідства. У випадках, коли відповідно до вимог Кодексу участь захисника є обов'язковою, близькі родичі обвинуваченого, його опікуни або піклувальники в якості захисників можуть брати участь у справі лише одночасно з захисником — адвокатом чи іншим фахівцем у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи.

Про допуск захисника до участі в справі особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор, суддя виносять постанову, а суд — ухвалу.

Стаття 271 КпАП тепер має назву «Захисник» і викладена у такій редакції: «У розгляді справи про адміністративне правопорушення можуть брати участь адвокат, інший фахїзець у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи. Ці особи мають право знайомитися з матеріалами справи; заявляти клопотання; за дорученням особи, яка його запросила, від її імені подавати скарги на рішення органу (посадової особи), який розглядає справу, а також мають інші права, передбачені законами України».

Важливе значення для роботи адвоката має постанова Пленуму Верховного Суду України «Про деякі питання, що виникають під час розгляду судами України скарг на постанови органів дізнання, слідчого, прокурора про порушення кримінальної справи» від 11 лютого 2005 р. № 1. У цій постанові звертається увага судів на те, що у зв'язку із втратою чинності положень ч. 6 ст. 234, ч. 3 ст. 236 КПК України, на досудових стадіях кримінального процесу суди зобов'язані приймати до свого провадження скарги на постанови про порушення кримінальної справи щодо певної особи, що надходять від осіб, стосовно яких порушено кримінальні справи, або їхніх захисників та законних представників. Такі скарги приймаються місцевими чи апеляційними судами за місцем розташування органів, які винесли зазначені постанови, з дотриманням правил підсудності, визначених статтями 33, 34 КПК України та іншими законами України (наприклад, частинами 5, 6 ст. 13 Закону України «Про статус суддів») від 15 грудня 1992 р. № 2862-XIL

Відповідно до чинного процесуального законодавства (ч. 2 ст. 98 КПК України), якщо на момент порушення кримінальної справи встановлено особу, яка вчинила злочин, справу має бути порушено щодо цієї особи. У зв'язку з цим була визнана правильною практика тих судів, котрі приймають до провадження і розглядають на досудових стадіях процесу скарги на постанови про порушення кримінальної справи за фактом учинення злочину, якщо за обставинами справи особі, яка порушила справу, була відома підозрювана у вчиненні злочину особа (наприклад, коли у мотивувальній частині зазначеної постанови названо прізвище особи як такої, що вчинила злочин).

Розглядаючи на досудових стадіях процесу скарги на постанови про порушення кримінальної справи, суд повинен перевіряти наявність приводів і підстав для винесення зазначених постанов і не має права розглядати й заздалегідь вирішувати ті питання, які вирішуються судом при розгляді кримінальної справи по суті.

У постанові також зверталася увага суддів на те, що загроза порушення конституційних прав особи внаслідок незаконного порушення кримінальної справи може виникнути на будь-якому етапі розслідування останньої. Зважаючи на те, що строки оскарження зазначених постанов законом не встановлені, суди повинні приймати до розгляду скарги на ці постанови протягом усього часу, поки справа перебуває у провадженні органів дізнання, слідчого, прокурора. Проте якщо така скарга надійшла до суду незадовго до закінчення слідства, вона

відповідно до ч. 4 ст. 110, ч. 6 ст. 234, ч. 3 ст. 236 КПК України може бути розгля- нута під час попереднього розгляду справи за умови, що такий розгляд залежно від конкретних обставин можливий у розумні строки.

Кримінально-процесуальним законодавством України не врегульований порядок розгляду скарг на постанови про порушення кримінальної справи під час досудового розслідування останньої. У зв'язку з цим було визнано правильною практику тих судів, які при розгляді таких скарг додержуються порядку, визначеного у ст. 236^2 КПК України, для розгляду скарг на постанови про відмову в порушенні кримінальної справи.

Скарга на постанову про порушення кримінальної справи розглядається суддею одноособово не пізніше 10 днів із дня її надходження до суду. Про час розгляду повідомляються прокурор, особа, щодо якої порушено справу, захисник і законний представник цієї особи, а також потерпілий.

Перед розглядом кримінальної справи суддя має вивчити надані прокурором матеріали, на підставі яких було прийнято рішення про її порушення, а в судовому засіданні — заслухати осіб, які з'явилися, а саме: пояснення особи, щодо якої порушено справу, захисника, законного представника, потерпілого та міркування прокурора щодо поданої скарги.

Розглядаючи скаргу на постанову про порушення кримінальної справи, суддя має право з'ясовувати лише такі питання: чи були наявними на час порушення справи передбачені ч. 1 ст. 94 КПК України приводи; чи мала особа, яка порушила справу, достатньо даних, що вказували на наявність ознак злочину (ч. 2 ст. 94 КПК України); чи компетентна особа прийняла рішення про порушення кримінальної справи і чи було додержано нею встановлений для цього порядок (ст. 98 КПК України).

Оскільки ст. 84 КПК України передбачено обов'язкове ведення протоколу в судових засіданнях суду першої інстанції, це має робитися і під час розгляду скарги на постанову про порушення кримінальної справи.

За результатами розгляду скарги, залежно від того, чи були при порушенні кримінальної справи додержані вимоги статей 94, 97, 98 КПК України, суддя своєю мотивованою постановою залишає скаргу без задоволення або задовольняє її та скасовує постанову про порушення кримінальної справи. У разі скасування зазначеної постанови суддя не має права закрити справу. Копії постанови надсилаються органу, у провадженні якого перебуває справа, прокурору, особі, яка подавала скаргу, та потерпілому. На постанову судді протягом семи діб із дня її винесення можуть бути подані апеляції до апеляційного суду з дотриманням вимог ст. 350 КПК України, а в разі розгляду скарги названим судом — касаційні скарги, подання відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 383 КПК України.

Постанови місцевих судів, винесені за результатами розгляду скарг, і ухвали апеляційних судів щодо цих постанов у касаційному порядку, визначеному ч. 2 статей 383, 386 КПК України, не оскаржуються, оскільки не перешкоджають подальшому провадженню в кримінальних справах. За певних умов вони можуть бути переглянуті в порядку виключного провадження.

Розгляд скарги на постанову про порушення кримінальної справи в порядку цивільного судочинства не допускається. Проте бездіяльність органу дізнання, слідчого, прокурора, що полягала у неприйнятті за заявою про злочин жодного з рішень, передбачених ч. 2 ст. 97 КПК України, може бути оскаржена.

Ще однією постановою Пленуму Верховного Суду України, на яку слід звернути увагу, є постанова «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві» від 24 жовтня 2003 р. № 8. Відповідно до положень ст. 59 та ч. 2 ст. 63 Конституції України, підозрюваний, обвинуваче-

ний, підсудний мають право на правову допомогу та захист. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Обговоривши матеріали узагальнення практики застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві, Пленум Верховного Суду України зазначав, що органи дізнання, досудового слідства та суди в основному виконують відповідні вимоги закону. Водночас в окремих випадках при застосуванні чинного кримінально-процесуального законодавства допускаються помилки, які тягнуть порушення зазначеного права і негативно впливають на якість здійснення правосуддя. Пленум Верховного Суду України звернув увагу судів на те, що забезпечення підозрюваному, обвинуваченому, підсудному, засудженому і виправданому права на захист відповідно до положень ст. 59, ч. 2 ст. 63 і п. 6 ч. 3 ст. 129 Конституції України й чинного кримінально-процесуального законодавства є однією з основних засад судочинства, важливою гарантією об'єктивного розгляду справи та запобігання притягненню до кримінальної відповідальності невинуватих осіб.

Судам необхідно додержувати вимог статей 21 і 22 КПК України, відповідно до яких особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор, суддя, суд повинні надати підозрюваному, обвинуваченому, підсудному можливість захищатися встановленими законом засобами від пред'явленого обвинувачення і не мають права перекладати на нього обов'язок доведення своєї невинуватості у вчиненні злочину.

Згідно з п. 3 ч. 2 ст. 370 КПК України істотне порушення чинного законодавства, яке регламентує право на захист, у передбачених законом випадках тягне скасування судових рішень. Зокрема, вони підлягають обов'язковому скасуванню тоді, коли таке порушення позбавило чи обмежило підозрюваного, обвинуваченого, підсудного або їх захисників у здійсненні цього права і перешкодило чи могло перешкодити суду всебічно, повно та об'єктивно розглянути справу і постановити законне й обґрунтоване судове рішення.

Відповідно до ч. 4 ст. 44 і ст. 45 КПК України, захисник допускається до участі у справі на будь-якій стадії процесу починаючи з моменту визнання особи підозрюваним чи пред'явлення "їй обвинувачення.

У справі про застосування примусових заходів медичного характеру захисник може брати участь з моменту встановлення факту наявності в особи душевної хвороби (отримання відповідного висновку судово-психіатричної експертизи, медичної документації, довідки про перебування на обліку тощо), а у справі про застосування примусових заходів виховного характеру — з моменту першого допиту неповнолітнього або поміщення його до приймальника-розподільника.

Близькі родичі обвинуваченого, його опікуни або піклувальники допускаються до участі у справі як захисники з моменту пред'явлення обвинуваченому для ознайомлення матеріалів досудового слідства.

Відповідно до ч. 1 ст. 44 КПК України, при провадженні у кримінальній справі як захисники підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого допускаються особи, які в установленому законом порядку уповноважені здійснювати захист їхніх прав і законних інтересів та надавати необхідну юридичну допомогу. Згідно з ч. 2 цієї статті до них належать:

—особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю в Україні (адвокати);

—інші фахівці в галузі права, які на підставі спеціального закону мають право на надання правової допомоги;

—близькі родичі обвинуваченого, його опікуни або піклувальники.

Судам необхідно мати на увазі, що згідно з ч. 4 ст. 44 КПК України у випадках, І коли відповідно до вимог ст. 45 цього Кодексу участь захисника є обов'язковою, близькі родичі обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, його опікуни або піклувальники можуть брати участь у справі як захисники лише одночасно із захисником-адвокатом чи іншим фахівцем у галузі права.

Питання про допуск захисника під час провадження справи в суді першої інстанції вирішується в постанові судді про призначення справи до розгляду або постанові чи ухвалі суду, який розглядає справу.

Як правило, це відбувається до початку судового слідства, а за клопотанням підсудного — і під час нього. При цьому розгляд справи продовжується, а не починається спочатку. Після закінчення судового слідства вирішення зазначеного питання не допускається. Повноваження захисника на участь у справі повинні бути підтверджені:

а) адвоката, який є членом адвокатського об'єднання, — свідоцтвом про пра
во на заняття адвокатською діяльністю та ордером адвокатського об'єднання про наявність угоди чи доручення на участь у справі;

б) адвоката, який не є членом адвокатського об'єднання, — свідоцтвом про пра-
зо на заняття адвокатською діяльністю та угодою чи дорученням на участь у справі;

в) інших фахівців у галузі права, які за законом мають право на надання пра
вової допомоги особисто або за дорученням юридичної особи, — документами, визначеними спеціальним законом, яким цим особам надано право брати участь
у кримінальному судочинстві як захисникам, а також угодою або дорученням юридичної особи;

г) близьких родичів, опікунів або піклувальників — документами, які підтвер-
пжують родинні зв'язки або те, що вони є опікунами, піклувальниками, та заявою
: Звинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого про допуск цих осіб до ..часті у справі як захисників.

При вирішенні питання про наявність у фахівців у галузі права повноважень на здійснення захисту в кримінальній справі належить також з'ясовувати, яким :аме законом їм надано право брати участь у кримінальному судочинстві як замісникам. Було визнано правильною практику тих судів, які за відсутності :пеціального закону не допускають таких фахівців до здійснення захисту в кримінальних справах.

Відповідно до ч. 2 ст. 47 КПК України на запрошення підозрюваного, обвинуваченого, підсудного чи за їх згодою до участі у справі може бути допущено кількох захисників.

Суди повинні враховувати, що згідно зі статтями 43 і 43[і] КПК України підо-; рюваний, обвинувачений, поряд з іншими правами, мають право на побачення із піхисником до першого допиту, і під час розгляду справ перевіряти, чи було роз'яснено їм таке право і чи не були вони обмежені в цьому. У разі, коли особа, оса провадить дізнання, або слідчий порушили зазначені вимоги закону і за наявності заяви підозрюваного, обвинуваченого на побачення із захисником допитали його без участі останнього, суд не може використовувати ці показання на підтвер-ння вини підсудного у вчиненні злочину.

Судам також треба мати на увазі, що згідно з п. 3 ст. 5 Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини 1950 р. кожна особа, заарештована або затримана на підставі обґрунтованої підозри у вчиненні злочину, має право постага перед суддею і бути вислуханою з питань, пов'язаних з її триманням під вартою. Тому суди повинні вимагати від органів дізнання й досудового слідства, щоб пе право роз'яснювалося підозрюваним під час їх затримання.

При вирішенні питання про участь захисника у кримінальному судочинстві необхідно виходити з того, що відповідно до положень ч. 1 ст. 59 Конституції України підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений або виправданий є вільним у виборі захисника.

Згідно з ч. 1 ст. 47 КПК України захисник запрошується підозрюваним, обвинуваченим, підсудним, засудженим, їх законними представниками, а також за проханням чи згодою підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого — іншими особами. Тому за клопотанням особи, яка тримається під вартою, суд зобов'язаний надати їй допомогу в установленні зв'язку із захисником або з особами, які можуть його запросити, і вжити інших необхідних заходів, спрямованих на реалізацію цією особою права на захист.

Коли згідно з вимогами ст. 45 КПК України участь захисника є обов'язковою, але підсудний не бажає або за відсутністю коштів чи з інших об'єктивних причин не може його запросити, суд призначає захисника в установленому законом порядку через адвокатське об'єднання. У такий же спосіб суд діє у випадках, передбачених ч. 4 ст. 46 і ч. 6 ст. 47 КПК України.

Враховуючи, що вимога суду про призначення захисника відповідно до ч. 3 ст. 47 КПК України є обов'язковою для керівника адвокатського об'єднання, суди повинні гостро реагувати на факти її невиконання.

Відмова від захисника можлива на будь-якій стадії процесу лише за ініціативою підсудного. Вирішуючи питання про прийняття такої відмови, суд має з'ясувати, чи не є вона вимушеною (наприклад, у зв'язку з неявкою захисника в судове засідання) і як у подальшому підсудний здійснюватиме свій захист — самостійно чи за допомогою іншого захисника. Встановивши вимушеність відмови, суд вживає передбачених законом заходів до забезпечення участі захисника у справі.

Коли участь захисника у справі відповідно до ст. 45 КПК України є обов'язковою, відмова від нього приймається за умови, що суд визнає її мотиви такими, які заслуговують на увагу.

При попередньому розгляді справи суддя зобов'язаний перевірити, чи забезпечили органи дізнання, досудового слідства реалізацію права обвинуваченого на захист. Встановивши, що право на захист було порушено і що це унеможливлює подальше провадження у справі, суддя має повернути її на додаткове розслідування.

Згідно з чинним кримінально-процесуальним законодавством (статті 43, 43^{1}, 132, 142, 223, 263 і 334 КПК України) підозрюваному, обвинуваченому, підсудному, засудженому мають бути роз'яснені їхні права. Зокрема, підозрюваний має право знати, у чому він підозрюється, обвинувачений — у чому він обвинувачується, підсудний — за якою статтею Кримінального кодексу України йому пред'явлено обвинувачення, а засуджений — у вчиненні якого злочину його визнано винним.

Суди повинні вимагати від органів досудового слідства, щоб постанова про притягнення як обвинуваченого була конкретною за змістом. Зокрема, в описовій її частині зазначаються: злочин, у вчиненні якого обвинувачується особа; час, місце та інші обставини його вчинення, наскільки вони відомі слідчому; стаття (частина, пункт статті) кримінального закону, якою передбачений цей злочин.

Недодержання органами досудового слідства вимог статей 132 і 142 КПК України може бути підставою для повернення справи на додаткове розслідування.

Обвинувальний висновок має відповідати вимогам ст. 223 КПК України. Невідповідність обвинувального висновку положенням цієї статті може бути підставою для повернення справи прокурору для складення нового обвинувального висновку.

Складаючи вирок, суд зобов'язаний додержуватися вимог ст. 334 КПК України. У мотивувальній частині обвинувального вироку, зокрема, має бути чітко

сформульовано обвинувачення, яке визнається судом доведеним, з обов'язковим зазначенням місця, часу, способу вчинення злочину та його наслідків, форми вини і мотивів злочину тощо, а також доказів, якими суд обґрунтовує свої висновки, обставин, що визначають ступінь тяжкості вчиненого злочину, пом'якшують або обтяжують покарання. Порушення при складенні вироку вимог статей 332-335 КПКУкраїни може бути підставою для його скасування.

Судам необхідно перевіряти додержання органами досудового слідства вимог ст. 48 КПК України виходячи з того, що захисник, допущений до участі у справі, має право бути присутнім не тільки на допитах підозрюваного чи обвинуваченого, а й при виконанні інших слідчих дій, що провадяться за участю підозрюваного чи обвинуваченого або за його клопотанням чи клопотанням захисника. Особа, яка провадить дізнання, слідчий зобов'язані своєчасно повідомляти захисника про час і місце провадження таких слідчих дій. У разі неявки захисника слідча дія може бути проведена лише за умови, що його участь у ній не є обов'язковою. При виконанні інших слідчих дій захисник може бути присутнім з дозволу особи, яка провадить дізнання, слідчого.

Порушення вимог закону щодо участі захисника при проведенні слідчих дій може бути підставою для визнання недопустимими тих доказів, що були зібрані під час виконання таких дій.

Відповідно до п. 5 ч. 2 ст. 48 КПК України, з дозволу особи, яка провадить дізнання, чи слідчого захисник має право застосовувати науково-технічні засоби при провадженні тих слідчих дій, в яких він бере участь, та при ознайомленні з матеріалами справи. У відкритому судовому засіданні такі засоби застосовуються захисником з дозволу судді чи суду.

Застосування захисником науково-технічних засобів полягає у проведенні ним під час допиту підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого, свідка, при пред'явленні особи для впізнання, відтворенні обстановки й обставин події, інших слідчих дій, а також під час судового розгляду справи звуко-, відеозапису тощо.

Під особами, які через свої фізичні або психічні вади не можуть самі реалізувати право на захист (п. 2 ч. 1 ст. 45 КПК України), необхідно розуміти, зокрема, осіб з істотними дефектами мови, зору, слуху тощо, а також осіб, які хоча і визнані осудними, але мають психічні вади, що перешкоджають самостійно захищатися від обвинувачення.

Захисник допускається до участі у справі щодо такої особи з моменту, коли було встановлено наявність у неї зазначених вад.

За змістом ст. 48 КПК України захисник повинен захищати тільки законні інтереси свого підзахисного (тобто такі, що ґрунтуються на вимогах закону або не суперечать їм) та використовувати лише законні засоби захисту.

Захисник підлягає усуненню від участі у справі тільки за наявності обставин, перелічених у ст. 61 КПК України, і в порядку, визначеному ст. 61^{1} КПК України. Усунувши захисника на стадії судового розгляду справи, суд повинен надати підсудному можливість запросити іншого захисника, а у випадках, передбачених ч. 4 ст. 47 КПК України, — призначити захисника через адвокатське об'єднання.

У разі усунення захисника від участі у справі у зв'язку з тим, що він, зловживаючи своїми правами, перешкоджав встановленню істини в ній (наприклад, ;хиляв свідків, потерпілих, інших підсудних до дачі неправдивих показань, надав суду завідомо недостовірні документи), затягував розгляд справи, порушував порядок у судовому засіданні чи не виконував розпоряджень головуючого, суд може окремою постановою (ухвалою) повідомити відповідний орган, адвокатське об'єднання для вирішення питання про відповідальність захисника.

Суди також повинні гостро реагувати на факти безпідставного усунення захисника від участі у справі, а якщо воно призвело до істотних обмежень права обвинуваченого на захист, — повертати справи на додаткове розслідування. Встановивши факти втручання будь-якої особи в діяльність захисника, суд зобов'язаний повідомити про це постановою чи ухвалою прокурора для вирішення питання про притягнення її до кримінальної відповідальності за ст. 397 Кримінального кодексу України (далі — КК України).

Суди повинні додержуватися вимог закону щодо мови, якою провадиться судочинство. Особам, які беруть участь у справі і не володіють мовою судочинства, забезпечується право робити заяви, давати показання, заявляти клопотання, знайомитися з усіма матеріалами справи, виступати в суді рідною або іншою мовою, якою вони володіють, і користуватися послугами перекладача.

Позбавлення чи обмеження цих прав особи відповідно до п. 4 ч. 2 ст. 370 Кримінально-процесуального кодексу України є істотним порушенням кримінально-процесуального закону, яке тягне скасування судових рішень.

Суди мають вимагати від органів досудового слідства неухильного дотримання вимог закону щодо строків і порядку пред'явлення обвинуваченому та його захиснику матеріалів досудового слідства. Відповідно до статей 218, 220 Кримінально-процесуального кодексу України, обвинуваченому і захиснику зазначені матеріали пред'являються для ознайомлення підшитими і пронумерованими, а у відповідному протоколі зазначається, які саме матеріали (кількість томів і аркушів, аудіо- та відеокасети тощо) було пред'явлено для ознайомлення.

При ознайомленні з матеріалами справи заявлені обвинуваченим та його захисником клопотання (про доповнення слідства, зміну кваліфікації, закриття справи тощо) розглядаються й вирішуються слідчим у порядку, передбаченому ст. 221 КПК України. Слідчий зобов'язаний задовольнити клопотання обвинуваченого та його захисника, якщо обставини, для з'ясування яких вони заявлені, мають значення для справи.

Після проведення додаткових слідчих дій або приєднання до справи нових матеріалів слідчий відповідно до вимог ст. 222 КПК України зобов'язаний ознайомити обвинуваченого та його захисника з усіма такими матеріалами і протоколами слідчих дій.

Недодержання органами досудового слідства зазначених вимог відповідно до п. 11 ч. 2 ст. 370 КПК України є істотним порушенням кримінально-процесуального закону і тягне направлення справи на додаткове розслідування.

Згідно зі ст. 240 КПК України суди повинні повідомляти про день попереднього розгляду справи обвинуваченого, його захисника та законного представника і надавати їм можливість заявити клопотання, висловити свої думки з питань, зазначених у ст. 237 КПК України, та щодо клопотань, заявлених іншими учасниками процесу

Враховуючи, що п. 7 ч. 3 ст. 129 Конституції України та ст. 87 [і] КПК України передбачене повне фіксування судового процесу за допомогою аудіоапаратури чи інших технічних засобів, суди зобов'язані здійснювати таке фіксування, якщо цього вимагає хоча б один з учасників процесу (зокрема, підсудний, його захисник, законний представник). Недодержання цієї вимоги відповідно до п. 10 ч. 2 ст. 370 КПК України є істотним порушенням кримінально-процесуального закону і тягне скасування вироку чи іншого судового рішення.

Виходячи з положень ч. 4 ст. 318, ч. 6 ст. 362 КПК України, обмеження тривалості судових дебатів у суді першої та апеляційної інстанцій не допускається.

Головуючий у справі може зупинити учасників судових дебатів у разі, якщо вони в промовах виходять за межі розглядуваної справи. При цьому слід мати на увазі, що учасники судових дебатів мають право посилатися лише на ті докази, які були досліджені в судовому засіданні, і що в суді апеляційної інстанції такі дебати полягають у промовах стосовно тієї частини вироку, яка оскаржена.

Ненадання підсудному можливості виступити у судових дебатах і з останнім словом є істотними порушеннями кримінально-процесуального закону і тягнуть скасування вироку (п. 13 ч. 2 ст. 370 КПК України).

Звернути увагу судів на необхідність додержання вимог ст. 88 КПК України про забезпечення права підсудного, засудженого, виправданого, їх захисників, законних представників на ознайомлення із протоколом судового засідання і подання письмових зауважень з приводу його неправильності чи неповноти.

Про дату підписання протоколу, виготовленого після встановленого ч. 3 ст. 87 КПК України строку, зазначені особи мають бути своєчасно повідомлені.

Згідно з ч. 1 ст. 88 КПК України клопотання про ознайомлення з протоколом судового засідання може бути заявлено протягом трьох діб після проголошення вироку чи іншого судового рішення. У разі пропуску цього строку питання про його поновлення вирішується відповідно до статей 89, 90 КПК України.

Визнати правильною практику тих судів, які за власною ініціативою і за згодою засудженого чи іншого учасника судового розгляду вручають йому для ознайомлення належно засвідчену копію протоколу судового засідання.

Відповідно до ч. 2 ст. 88 КПК України, ознайомлення з протоколом судового засідання і подача на нього письмових зауважень здійснюються протягом трьох діб з дня одержання повідомлення про його виготовлення. Якщо підсудному, засудженому, виправданому, захиснику, законному представнику у зв'язку з великим обсягом протоколу чи іншими поважними причинами потрібно більше трьох діб для ознайомлення і подачі зауважень на нього, цей строк може бути продовжено постановою головуючого.

У разі, коли учасник судового розгляду справи в межах відведеного строку .дійсно затягує ознайомлення з протоколом судового засідання чи висуває непередбачені законом вимоги, особа, яка ознайомлює його з цим процесуальним документом, складає відповідний протокол, який передає головуючому у справі. З урахуванням обсягу протоколу судового засідання та даних про особу, котра з ним ознайомлюється (вік, освіта, стан здоров'я, наявність фізичних чи психічних вад тощо), головуючий затверджує графік ознайомлення, який є обов'язковим для зазначеної особи. При подальшому зволіканні головуючий своїм розпорядженням припиняє ознайомлення.

Згідно з ч. 9 ст. 362 КПК України в апеляційному суді протокол судового засідання та фіксування за допомогою технічних засобів перебігу судового процесу обов'язково ведуться у випадку проведення судового слідства. Право засудженого, виправданого, їх захисників, законних представників на ознайомлення з протоколом забезпечується судом апеляційної інстанції.

Судам необхідно додержуватись вимог ст. 344 КПК України, якою регламентується порядок вручення копії вироку засудженому. Невручення засудженому копії вироку або його письмового перекладу рідною мовою чи мовою, якою він зшодіє, є підставою для поновлення пропущеного строку на оскарження вироку ібо для скасування судового рішення апеляційного суду, якщо останній розглянув справу з такими порушеннями.

Відповідно до ст. 351 КПК України, суд повинен своєчасно повідомити про подані апеляції засуджених чи виправданих, інтересів яких вони стосуються, їх

захисників та законних представників і забезпечити всім названим особам можливість ознайомитися з апеляціями і доданими до них матеріалами та подати свої заперечення.

Апеляційний суд зобов'язаний ретельно перевірити додержання судом першої інстанції вимог статей 349—351 КПК України і при виявленні порушень вжити передбачених законом заходів до їх усунення.

Суд апеляційної інстанції також з'ясовує, чи були повідомлені засуджений, виправданий, їх законні представники, захисники про день розгляду справи, а у випадках, передбачених законом, — чи викликав суд першої інстанції цих осіб до апеляційного суду.

Відповідно до положень ч. 2 ст. 358, ч. 1 ст. 391 КПК України, виклик засудженого, який тримається під вартою, до суду апеляційної інстанції, а також до суду касаційної інстанції при перевірці судових рішень, перелічених у ч. 1 ст. 383 КПК України, провадиться лише за його особистим письмовим клопотанням і є обов'язковим для суду. Це право має бути роз'яснено засудженому судом, який постановив вирок.

Клопотання інших учасників процесу про виклик до суду апеляційної чи касаційної інстанції засудженого, який тримається під вартою, вирішується цим судом.

Судам апеляційної та касаційної інстанцій необхідно вживати всіх передбачених законом заходів для забезпечення дотримання судами вимог законодавства, яке регулює здійснення підозрюваним, обвинуваченим, підсудним, засудженим та виправданим права на захист, систематично узагальнювати судову практику з цього питання, своєчасно виявляти й усувати недоліки в діяльності судів.

1.16. Адвокатська таємниця і гарантії адвокатської діяльності згідно з Законом України «Про адвокатуру». Оскарження адвокатом дій певних осіб, які посягають на збереження адвокатської таємниці та порушують гарантії адвокатської діяльності.

Стаття 9 Закону України «Про адвокатуру» встановлює обов'язок адвоката зберігати адвокатську таємницю. Предметом адвокатської таємниці є питання, з яких громадянин або юридична особа зверталися до адвоката, суть консультацій, порад, роз'яснень та інших відомостей, одержаних адвокатом при здійсненні своїх професійних обов'язків.

Дані попереднього слідства, які стали відомі адвокату у зв'язку з виконанням ним своїх професійних обов'язків, можуть бути розголошені тільки з дозволу слідчого або прокурора. Адвокати, винні у розголошенні відомостей попереднього слідства, несуть відповідальність згідно з чинним законодавством.

Адвокату, помічнику адвоката, посадовим особам адвокатських об'єднань забороняється розголошувати відомості, що становлять предмет адвокатської таємниці, і використовувати їх у своїх інтересах або в інтересах третіх осіб.

Статтею 10 Закону України «Про адвокатуру» передбачено гарантії адвокатської діяльності. Професійні права, честь і гідність адвоката охороняються законом. Забороняється будь-яке втручання в адвокатську діяльність, вимагання від адвоката, його помічника, посадових осіб і технічних працівників адвокатських об'єднань відомостей, що становлять адвокатську таємницю. З цих питань вони не можуть бути допитані як свідки. Документи, пов'язані з виконанням адвокатом доручення, не підлягають оглядові, розголошенню чи вилученню без його

згоди. Забороняється прослуховування телефонних розмов адвокатів у зв'язку з оперативно-розшуковою діяльністю без санкції Генерального прокурора України, його заступників, прокурорів АРК, області, міста Києва. Не може бути внесено подання органом дізнання, слідчим, прокурором, а також винесено окрему ухвалу суду щодо правової позиції адвоката у справі.

Адвокату гарантується рівність прав з іншими учасниками процесу.

Кримінальна справа проти адвоката може бути порушена тільки Генеральним прокурором України, його заступниками, прокурорами АРК, області, міста Києва. Адвоката не можна притягнути до кримінальної, матеріальної та іншої відповідальності або погрожувати її застосуванням у зв'язку з поданням юридичної допомоги громадянам та організаціям згідно з законом.

1.17. Кримінальна відповідальність за порушення, пов'язані з обмеженням права на захист, втручання й перешкоди здійснення діяльності захисника та представника. Дії адвоката при встановленні зазначених порушень та обмежень діяльності захисника.

Стаття 374 Кримінального кодексу України закріплює склад злочину «Порушення права на захист», який полягає у недопущенні чи ненаданні своєчасно захисника, а також інше грубе порушення права підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист, вчинене особою, яка провадить дізнання, слідчим, прокурором або суддею. Такі дії караються штрафом від трьохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого. Крім того, якщо такі дії призвели до засудження невинної у вчиненні злочину особи, або були вчинені за попередньою змовою групою осіб, або спричинили інші тяжкі наслідки, вони караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Стаття 397 КК України встановлює кримінальну відповідальність за втручання з діяльність захисника чи представника особи, яке може знайти прояв у вчиненні з будь-якій формі перешкод у здійсненні правомірної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги або порушенні встановлених законом гарантій їх діяльності та професійної таємниці. Такі дії караються штрафом від ста до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до трьох років. Якщо вказані дії вчинені службовою особою з використанням свого службового становища, то настає кримінальна відповідальність у вигляді штрафу від трьохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеження волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Кримінальна відповідальність передбачена також за погрозу вбивством, на-: ильством або знищенням чи пошкодженням майна, яка вчинена щодо захисника чи представника особи, а також щодо їх близьких родичів у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги. Такі дії караються арештом на строк до шести місяців або обмеженням волі на строк до трьох років, або

позбавленням волі на той самий строк. Якщо ж захиснику або представнику особи або їх близьким родичам у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги, було умисно заподіяно легкі або середньої тяжкості тілесні ушкодження, то настає кримінальна відповідальність у вигляді обмеження волі на строк від трьох до п'яти років або позбавлення волі на той самий строк. Заподіяння ж тяжкого тілесного ушкодження тягне за собою кримінальну відповідальність у формі позбавлення волі на строк від семи до дванадцяти років.

1.18. Адвокат у адвокатському об'єднанні. Його права та обов'язки. Виконання доручень за призначенням. Надання безоплатної правової допомоги громадянам. Прийняття доручень та складання угоди на надання правової допомоги.

Правила адвокатської етики є обов'язковими для дотримання об'єднаннями адвокатів тією самою мірою, що й окремими адвокатами.

У випадках, коли стороною в угоді про надання правової допомоги є адвокатське об'єднання, воно зобов'язане забезпечити відповідність кандидатури адвоката, котрому доручається виконання угоди (окремих робіт за угодою), вимогам до компетентності, об'єктивно обумовленим характером доручення, а також забезпечити дотримання інших вимог Правил адвокатської етики, що стосуються укладення угоди на надання правової допомоги, її виконання та припинення.

Кожен адвокат, який є членом адвокатського об'єднання, повинен докладати розумних зусиль щодо забезпечення вжиття об'єднанням заходів, що сприяють дотриманню всіма адвокатами та співробітниками цього об'єднання Правил адвокатської етики.

Для адвоката, який є членом адвокатського об'єднання, професійні обов'язки перед клієнтами, що випливають із чинного законодавства, Правил адвокатської етики, угод про надання правової допомоги, повинні мати домінуюче значення стосовно обов'язків адвоката щодо виконання вказівок керівних органів адвокатського об'єднання.

Адвокат зобов'язаний сумлінно ставитися до виконання прийнятих на себе доручень як у випадках, коли угодами передбачено отримання повноцінного гонорару за їх виконання, так і коли правова допомога, що надається адвокатом, оплачується державою за фіксованими ставками або надається безоплатно відповідно до закону або угоди між адвокатом і клієнтом.

Постановою Кабінету Міністрів України від 27 квітня 1993 р. № 302 було затверджено порядок реєстрації адвокатських об'єднань, відповідно до якого за реєстрацію адвокатських об'єднань справляється плата в розмірі десяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. За видачу адвокатському об'єднанню дубліката свідоцтва про реєстрацію справляється плата в розмірі 50 відсотків цієї суми. Вся сума плати зараховується до державного бюджету.

Відповідно до ст. 4 Закону України «Про адвокатуру», реєстрація адвокатських колегій, фірм, контор та інших адвокатських об'єднань провадиться у Мін'юсті.

Для реєстрації адвокатського об'єднання до Мін'юсту подаються:

1) заява, підписана уповноваженим представником об'єднання;

2) статут адвокатського об'єднання;

3) установчий договір чи протокол зборів адвокатів про створення адвокатського об'єднання;

4) дані про кількісний склад адвокатського об'єднання, наявність у його членів свідоцтв про право на заняття адвокатською діяльністю;

5) документ про внесення плати за реєстрацію.

Заява про реєстрацію адвокатського об'єднання розглядається у місячний термін від дня надходження всіх необхідних документів. За результатами розгляду заяви можуть бути прийняті такі рішення про:

—реєстрацію адвокатського об'єднання;

—відмову в реєстрації адвокатського об'єднання;

—залишення заяви без розгляду.

У разі реєстрації адвокатського об'єднання йому видається свідоцтво про реєстрацію. Зареєстрованому адвокатському об'єднанню присвоюється відповідний номер, що вноситься до Реєстру адвокатських об'єднань. У Реєстрі зазначаються: дата надходження документів, назва адвокатського об'єднання і місце його знаходження, дата реєстрації об'єднання, відомості про зміни, що сталися в статутних документах, сума внесеної плати.

Якщо статутні або інші документи, подані до реєстрації адвокатського об'єднання, суперечать законодавству України, приймається рішення про відмову в реєстрації, яке в 10-денний термін надсилається заявникові. Рішення про відмову в реєстрації адвокатського об'єднання може бути оскаржене в порядку, передбаченому законодавством.

Заява про реєстрацію адвокатського об'єднання залишається без розгляду, якщо вона подана без документів, зазначених у Положенні, про що Мін'юст повідомляє заявника протягом часу, встановленого для розгляду заяв. У разі усунення причин, на підставі яких було внесено рішення про залишення заяви без розгляду, заява розглядається в порядку і термін, встановлені Положенням.

Про зміни, що сталися в статутних документах, про припинення діяльності, а також про зміну адреси адвокатське об'єднання повідомляє Мін'юст у 5-денний термін для внесення необхідних змін до Реєстру адвокатських об'єднань. У разі припинення діяльності адвокатського об'єднання приймається рішення про виключення його з Реєстру адвокатських об'єднань.

1.19. Адвокат, який займається адвокатською діяльністю індивідуально. Органи та термін реєстрації такої адвокатської діяльності. Облік та звітність індивідуальної адвокатської діяльності. Обов'язок адвоката, який займається адвокатською діяльністю індивідуально, щодо виконання доручень із захисту громадян за призначенням органів досудового слідства та суду.

Як вбачається зі змісту ст. 1 Закону України «Про адвокатуру», всі адвокати, незалежно від того, чи практикують вони індивідуально, чи входять в адвокатські об'єднання, покликані, згідно з Конституцією України, сприяти захисту прав, ;зобод і представляти законні інтереси громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства, юридичних осіб, подавати їм іншу юридичну допомогу. Закон не встановлює ні переваг, ні обмежень для різних форм здійснення адвокатської діяльності, у зв'язку з чим кожен адвокат зобов'язаний здійснювати захист прав та свобод особи, в тому числі і за дорученням керівника адвокатського об'єднання, незалежно від того, чи входить такий адвокат до даного адвокатського об'єднання, виконувати вимоги ст. 47 КПК України. Безпричинна відмова

від виконання такого доручення є підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності.

Особа, яка має намір займатися адвокатською діяльністю, подає до атестаційної палати кваліфікаційно-дисциплінарної комісії заяву, нотаріально засвідчену копію диплома про вищу юридичну освіту, документ, що підтверджує стаж роботи за фахом юриста або помічника адвоката не менш як два роки та документ про місце роботи і посаду на момент подання заяви.

Атестаційна палата може в разі потреби витребувати й інші документи для вирішення питання про допуск чи відмову у допуску до складання кваліфікаційних іспитів.

Одержані документи атестаційна палата розглядає протягом місяця з дня надходження.

За результатами розгляду заяви та документів атестаційна палата приймає рішення про:

—допуск заявника до кваліфікаційних іспитів;

—витребування додаткових документів;

—відмову в допуску до кваліфікаційних іспитів.

Кваліфікаційні іспити включають відповіді на запитання з галузей права, Правил адвокатської етики, історії адвокатури, законодавства про адвокатуру, внесені до екзаменаційних білетів, запитання членів комісії, а також виконання практичних завдань і складання правових документів відповідно до Програми кваліфікаційних іспитів.

Особа, яка не склала кваліфікаційні іспити, має право складати їх повторно через рік.

За результатами складання кваліфікаційних іспитів атестаційна палата приймає рішення про:

—видачу свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю;

—відмову у видачі свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю.

Особі, яка успішно склала кваліфікаційні іспити, на підставі рішення атестаційної палати у строк до одного місяця з моменту прийняття рішення кваліфікаційно-дисциплінарна комісія видає свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю за затвердженою формою, якщо для цього немає перешкод, пов'язаних з несумісністю.

Під час одержання свідоцтва особа, якій його вручено, складає Присягу адвоката України.

Якщо особа протягом вказаного строку не одержить зазначене свідоцтво і не складе Присягу адвоката України, рішення про видачу свідоцтва кваліфікаційно-дисциплінарною комісією в установленому порядку анулюється.

1.20. Оплата праці адвоката та помічника адвоката. Системи оплати праці, що може встановлюватися при укладанні угоди про надання правової допомоги. Основні та додаткові підстави оплати праці адвоката. Оплата праці адвоката при достроковому припиненні виконання угоди про надання правової допомоги.

Гонорар є єдиною допустимою формою отримання адвокатом винагороди за надання правової допомоги клієнту. Гонорар, отримуваний адвокатом за надання правової допомоги, повинен бути законним за формою і порядком внесення та розумно обгрунтованим за розміром.

Фактори, що повинні братися до уваги при визначенні обґрунтованого розміру гонорару, включають в себе:

1) обсяг часу і роботи, що вимагаються для належного виконання доручення; ступінь складності та новизни правових питань, що стосуються доручення; необхідність досвіду для його успішного завершення;

2) вірогідність того, що прийняття доручення перешкоджатиме прийняттю адвокатом інших доручень або суттєво ускладнить їх виконання в звичайному часовому режимі;

3) необхідність виїзду у відрядження;

4) важливість доручення для клієнта;

5) роль адвоката в досягненні гіпотетичного результату, якого бажає клієнт;

6) досягнення за результатами виконання доручення позитивного результату, якого бажає клієнт;

7) особливі або додаткові вимоги клієнта стосовно строків виконання доручення;

8) характер і тривалість професійних відносин даного адвоката з клієнтом;

9) професійний досвід, науково-теоретична підготовка, репутація, значні професійні здібності адвоката.

Жодний з зазначених вище факторів не має самодостатнього значення; вони підлягають врахуванню в їх взаємозв'язку стосовно до обставин кожного конкретного випадку.

Розмір гонорару і порядок його внесення мають бути чітко визначені в угоді про надання правової допомоги. Засади обчислення гонорару (фіксована сума, погодинна оплата, доплата гонорару за позитивний результат по справі тощо) визначаються за домовленістю між адвокатом та клієнтом і також мають бути закріплені в угоді.

Угодою може бути передбачена можливість наступної зміни гонорару, визначеного у фіксованій сумі, у зв'язку із суттєвим зростанням або зменшенням обсягу допомоги, що має бути надана, та наслідки недосягнення згоди з цього питання.

Адвокат має право, окрім гонорару, стягувати з клієнта кошти, необхідні для покриття фактичних витрат, пов'язаних з виконанням доручення, якщо обов'язок клієнта з погашення цих витрат визначено угодою. В угоді про надання правової допомоги мають бути визначені види передбачуваних фактичних витрат, пов'язаних з виконанням доручення (оплата роботи фахівців, чиї висновки запитуються адвокатом, транспортні витрати, оплата друкарських, копіювальних та інших технічних робіт, перекладу та нотаріального посвідчення документів, телефонних розмов тощо): порядок їх погашення (авансування, оплата по факту в певний строк і т. ін.) та може бути визначений їх обсяг. Якщо необхідність несення фактичних витрат певних додаткових видів або збільшення їх орієнтовного обсягу, визначеного раніше, з'ясувалася після укладення угоди, адвокат повинен негайно повідомити про це клієнта та отримати його згоду на погашення необумовлених раніше видатків.

Адвокат не повинен приймати гонорар або оплату фактичних видатків, пов'язаних з виконанням доручення, від інших осіб, окрім клієнта (або іншої особи, яка уклала угоду про надання правової допомоги в інтересах клієнта), крім випадків, коли:

1) клієнт (його представник) наполягає на цьому;

2) прийняття оплати від іншої особи за конкретних обставин не зможе вплинути на незалежність адвоката в наданні правової допомоги клієнту та не потяг-

не порушення обов'язків адвоката, передбачених чинним законодавством та Правилами адвокатської етики.

Право на обернення внесеного клієнтом гонорару в свою власність (списання гонорару) в повному обсязі виникає у адвоката тільки після завершення виконання доручення; разом з тим адвокат має право частково списувати гонорар по ходу виконання доручення, якщо інше не передбачене угодою про надання правової допомоги. Право адвоката на отримання невнесеного (недовнесеного) гонорару не залежить від результату виконання доручення, якщо інше не передбачене угодою про надання правової допомоги.

У випадку дострокового розірвання угоди про надання правової допомоги:

1) за ініціативою клієнта, якщо причина розірвання угоди полягає в неналежному, такому, що не відповідає закону і Правилам адвокатської етики, виконанні доручення, або при фактичній відмові адвоката від виконання доручення (окрім випадків, коли згідно з законом і Правилами адвокатської етики допускається одностороннє розірвання угоди адвокатом) — адвокат не має права вимагати сплати йому гонорару і повинен повернути клієнту одразу після розірвання угоди фактично внесений гонорар;

2) за ініціативою клієнта в інших випадках, а також за зустрічною ініціативою адвоката і клієнта або за ініціативою адвоката у випадках, коли це допускається відповідно до закону, адвокат має право вимагати сплати гонорару в частині, що відповідає обсягу фактично виконаної адвокатом роботи, або списати відповідну частину реально внесеного клієнтом гонорару, якщо інше не передбачене угодою про надання правової допомоги.

Сума гонорару, обумовлена в угоді про надання правової допомоги, є обов'язковою тільки для адвоката (адвокатського об'єднання), який уклав цю угоду, і не перешкоджає іншому адвокату, який приймає це доручення (повністю або в частині) після розірвання попередньої угоди на його виконання, визначити суму гонорару наново, виходячи з критеріїв, передбачених Правилами адвокатської етики.

Адвокат, який продовжує виконання доручення, раніше прийняте іншим адвокатом (адвокатським об'єднанням):

1) внаслідок переукладення угоди на надання правової допомоги — повинен по можливості сприяти отриманню сум гонорару, належних іншому адвокату за фактично виконаний ним обсяг роботи;

2) у випадку смерті іншого адвоката (ліквідації адвокатського об'єднання) — повинен сприяти отриманню зазначених сум його спадкоємцями (правонаступниками об'єднання).

Адвокат не може укладати з клієнтом, доручення якого перебуває в його провадженні, угод майнового характеру, окрім угод про засоби забезпечення зобов'язань клієнта щодо сплати гонорару або погашенню фактичних видатків, пов'язаних з виконанням доручення.

Порядок оплати праці помічника адвоката визначається угодою між ним та адвокатом чи адвокатським об'єднанням. Заробітна плата помічника адвоката не може бути нижчою від встановленого державою мінімального розміру заробітної плати. Нагадаємо, що ст. 8 Закону України «Про адвокатуру» від 19 грудня 1992 р. № 2887-XИ передбачено, що адвокат може мати помічника або кількох помічників із числа осіб, які мають вищу юридичну освіту. Згідно зі ст. 8 Закону України «Про вищу освіту» бакалавр — це освітньо-кваліфікаційний рівень вищої освіти особи, яка на основі повної загальної середньої освіти здобула базову вищу освіту, фундаментальні і спеціальні уміння та знання щодо узагальненого — об'єкта праці (діяльності), достатні для виконання завдань та обов'язків (робіт)

певного рівня професійної діяльності, що передбачені для первинних посад у Іпевному виді економічної діяльності. Підготовка фахівців освітньо-кваліфі-Ікаційного рівня бакалавра може здійснюватися на основі освітньо-кваліфіка-пійного рівня молодшого спеціаліста. Отже, освітньо-кваліфікаційний рівень бакалавр» є показником здобуття особою базової вищої освіти. Крім цього, п. 4 Порядку складання кваліфікаційних іспитів у регіональних кваліфікаційно-дис-пиплінарних комісіях адвокатури, затвердженого рішенням Вищої кваліфі-каційної комісії адвокатури України від 1 жовтня 1999 р. № 6/2 зі змінами, внесе-ними рішенням Вищої кваліфікаційної комісії адвокатури від 23 квітня 2004 р. № 4/3-2, передбачено: у стаж роботи за спеціальністю юриста включаються пере-бування на посадах судді, прокурора, слідчого, юрисконсульта, нотаріуса, а також інших посадах, які, відповідно до кваліфікаційних вимог, потребують наявності вищої юридичної освіти як підстави для заняття такої посади. Цей стаж набу-вається після здобуття вищої юридичної освіти з присвоєнням освітньо-кваліфі-каційного рівня не нижче бакалавра. З огляду на це Вища кваліфікаційна комісія адвокатури дійшла висновку, що адвокатські об'єднання та адвокати можуть кладати контракти на виконання обов'язків помічника адвоката з особами, які мають вищу юридичну освіту за освітньо-кваліфікаційним рівнем «бакалавр» за спеціальністю (напрямом) «правознавство».

Якщо громадянин був звільнений особою, яка провадить дізнання, слідчим, прокурором чи судом від оплати правової допомоги у зв'язку з їхньою малозабез-печеністю, а також у разі, коли адвокат за їх призначенням брав участь у процесі дізнання, попереднього слідства чи в судових засіданнях, оплата праці адвоката здійснюється відповідно до постанови Кабінету Міністрів України «Про затверд-ження Порядку оплати праці адвокатів з надання громадянам правової допомоги з кримінальних справах за рахунок держави» від 14 травня 1999 р. № 821. Підста-вою для оплати праці адвокатів з надання правової допомоги громадянам в кримінальних справах у таких випадках є постанова особи, яка провадить дізнан-ня, слідчого, прокурора, ухвала суду чи постанова судді та оформлена ними довідка про участь адвоката у справі. Копія постанови, ухвали про звільнення громадянина від оплати правової допомоги або про призначення адвоката та довідка про його участь у справі подаються керівнику адвокатського об'єднання адвокату, якщо він працює індивідуально), який складає довідку-розрахунок у трьох примірниках. Один примірник довідки-розрахунку керівник адвокатського об'єднання (адвокат) надсилає особі, яка провадила дізнання, слідчому, прокуро-?у чи суду для приєднання до кримінальної справи, другий використовується для проведення оплати, третій зберігається у справах адвокатського об'єднання адвоката). Оплата праці адвокатів здійснюється згідно з Порядком за рахунок державного бюджету в розмірі 15 грн за повний робочий день. Якщо адвокат був зайнятий у справі неповний робочий день, то оплата його праці провадиться пропорційно до затраченого часу виходячи з цього розміру оплати. У разі коли адвокат надавав правову допомогу підозрюваному, обвинуваченому чи підсудно-му у процесі дізнання, попереднього слідства або в судових засіданнях за призна-ченням, то при визнанні громадянина винним у вчиненні злочину і за відсутності постав для звільнення його від оплати за правову допомогу відшкодування вит-гат покладається на засудженого. Контроль за виконанням вироку суду в частині стягнення з винної особи витрат на оплату праці адвоката здійснюється в •становленому законодавством порядку. Кошти за надання правової допомоги дераховуються адвокатському об'єднанню (адвокату) Головним управлінням «зстиції Мін'юсту в АРК, обласними, Київським та Севастопольським міськими

управліннями юстиції протягом 10 днів після одержання від них документів, передбачених у Порядку.

Правила адвокатської етики складовою принципу незалежності адвоката називають положення, відповідно до якого адвокат не повинен ділити гонорар, отриманий від клієнта, з іншими особами, окрім адвоката, що раніше виконував це доручення, та спадкоємців померлого адвоката, чиє частково виконане доручення він прийняв.

До 16 серпня 2005 р. в Україні також діяло Положення про порядок оплати праці адвокатів за подання юридичної допомоги громадянам у кримінальних справах, затверджене Міністерством юстиції України і Міністерством фінансів України. Це Положення визначало порядок оплати праці адвокатів за подання юридичної допомоги в кримінальних справах громадянам, звільненим органом дізнання, попереднього слідства, прокурором або судом від оплати юридичної допомоги, і у випадках, коли адвокат брав участь у дізнанні, попередньому слідстві або суді за призначенням. Оплата праці адвокатів у таких випадках здійснювалася за рахунок державного бюджету у розмірі однієї мінімальної заробітної плати, за повний робочий день. Якщо адвокат був зайнятий по справі не повний робочий день, оплата його праці провадиться пропорційно затраченому часу виходячи із вказаного розміру.

Особливої уваги набуло питання щодо порядку оподаткування доходів від здійснення індивідуальної адвокатської діяльності. Так, Державна податкова адміністрація України у своєму Листі від 14 березня 2006 р. № 1530/Г/17-0415 розглядала це питання. Пунктом 1.9 ст. 1 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб» від 22 травня 2003 р. № 889-IV визначено, що незалежна професійна діяльність — це діяльність, яка полягає в участі фізичних осіб у науковій, літературній, артистичній, художній, освітній або викладацькій діяльності, так само як діяльність лікарів (у тому числі стоматологів, зубних техніків), адвокатів, приватних нотаріусів, аудиторів, бухгалтерів, оцінювачів, інженерів чи архітекторів і помічників зазначених осіб або осіб, зайнятих релігійною (місіонерською) діяльністю, іншій подібній діяльності, за умови якщо такі особи не є найманими працівниками чи суб'єктами підприємницької діяльності. У Законі не міститься спеціального розділу (групи статей), де б тематично було висвітлено особливості оподаткування доходів осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність, зокрема індивідуальну адвокатську діяльність. Виходячи з цього порядок оподаткування доходів осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність, охоплюється загальними нормами Закону, за винятком випадків, якщо ці особи на законних підставах зареєстровані суб'єктами підприємницької діяльності. Підпунктом 1.3 «з» ст. 1 Закону доходом з джерелом його походження з України визначено будь-який дохід, одержаний платником податку або нарахований на його користь від здійснення будь-яких видів діяльності на території України, зокрема у вигляді доходів від здійснення підприємницької діяльності, а також незалежної професійної діяльності на території України. Що стосується обрання спрощеної системи особами, які здійснюють незалежну професійну діяльність, то відповідно до Указу Президента України «Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва» від 3 липня 1998 р. № 727/98 (у редакції Указу Президента України від 28 червня 1999 р. № 746/99) однією з обов'язкових умов переходу на спрощену систему є реєстрація у встановленому законом порядку такої особи як суб'єкта підприємницької діяльності. Правові норми щодо здійснення фізичними особами підприємницької діяльності встановлено, зокрема Цивільним та Господарським кодексами України, які на-

брали чинності з 1 січня 2004 р. Відповідно до ст. 50 Цивільного кодексу України, Іправо на здійснення підприємницької діяльності, яку не заборонено законом, має фізична особа з повною цивільною дієздатністю. Обмеження права фізичної особи на здійснення підприємницької діяльності встановлюється Конституцією України та законом. Фізична особа здійснює своє право на підприємницьку діяльність за умови її державної реєстрації в порядку, встановленому законом. На підставі вищевикладеного Державна податкова адміністрація України дійшла висновку, що обрання спрощеної системи оподаткування фізичними особами, які здійснюють незалежну професійну діяльність, зокрема надають юридичні послуга; є можливим за умови їх державної реєстрації як суб'єктів підприємницької діяльності.

1.21. Дисциплінарна відповідальність адвоката. Правові засади та види дисциплінарних стягнень. Умови та порядок порушення і дисциплінарного провадження про притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності. Порядок та строки оскарження дисциплінарних стягнень.

Адвокат може бути притягнутий до дисциплінарної відповідальності за порушення Правил адвокатської етики його помічником, якщо адвокат:

1) не забезпечив ознайомлення останнього з Правилами адвокатської етики;

2) не здійснював належного контролю за діями помічника, залученого ним до виконання окремих робіт за дорученням, передбаченим угодою між адвокатом і клієнтом про надання правової допомоги;

3) своїми розпорядженнями і порадами або особистим прикладом сприяв порушенню помічником Правил адвокатської етики.

Адвокат, який є керівником адвокатського об'єднання (адвокати — члени колегіального керівного органу адвокатського об'єднання), може бути притягнутий до дисциплінарної відповідальності, а також за прийняття ним (ними) рішень, які тягнуть порушення Правил адвокатської етики.

При застосуванні дисциплінарних стягнень за порушення Правил адвокатської етики дисциплінарні органи адвокатури мають виходити із загальних засад юридичної відповідальності, зокрема повинні застосовувати заходи дисциплінарної відповідальності лише за винні порушення. Щодо відносин дисциплінарної відповідальності адвокатів діє презумпція невинуватості.

У випадках, коли в конкретній ситуації адвокату важко визначити варіант поведінки, який у певних обставинах відповідав би нормам Правил адвокатської етики, він може звернутися за роз'ясненням до відповідного регіонального дисциплінарного органу адвокатури.

Дії адвоката, що відповідають роз'ясненню регіонального дисциплінарного органу адвокатури, не можуть бути поставлені йому за провину і тягти накладення дисциплінарною стягнення.

У разі грубого порушення адвокатом вимог Закону України «Про адвокатуру», інших актів законодавства і Присяги адвоката України кваліфікаційно-дисциплінарна комісія рішення про припинення адвокатської діяльності та про анулювання свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю приймає на підставі рішення дисциплінарної палати тієї ж комісії про накладання відповідного дисциплінарного стягнення. Якщо комісія не погодиться з рішенням палати, вона може його скасувати і повернути справу на новий розгляд в

дисциплінарну палату з поновленням строку розгляду справи або своїм рішенням закрити дисциплінарну справу.

Питання про притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності вирішує дисциплінарна палата кваліфікаційно-дисциплінарної комісії, яка розглядає порушені з цих питань справи, приймає рішення про застосування дисциплінарного стягнення або про відмову у притягненні адвоката до дисциплінарної відповідальності.

Право порушення дисциплінарного провадження належить голові дисциплінарної палати, а в разі його відсутності — заступникові голови, який попередньо розглядає інформацію, що стосується підстав притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності, знайомить його з цією інформацією і вимагає від нього письмове пояснення.

Дисциплінарне стягнення до адвоката застосовується безпосередньо за виявленням проступку, але не пізніш як через місяць з дня його виявлення, не рахуючи часу хвороби адвоката або перебування його у відпустці.

Дисциплінарне стягнення не може бути накладено пізніш як через шість місяців з дня вчинення проступку.

Справа про притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності повинна бути розглянута не пізніш як у місячний строк з дня її порушення.

За порушення вимог Закону України «Про адвокатуру», інших актів законодавства України, що регулюють діяльність адвокатури, і Присяги адвоката України рішенням дисциплінарної палати кваліфікаційно-дисциплінарної комісії до адвоката можуть бути застовані такі дисциплінарні стягнення:

—попередження;

—зупинення дії свідоцтва про* право на заняття адвокатською діяльністю на строк до одного року;

—анулювання свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю.

Дисциплінарна палата може закрити дисциплінарну справу, якщо під час розгляду справи переконається у необґрунтованості скарги (заяви, постанови, ухвали) та відсутності підстав для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності, або у недоцільності накладення на нього дисциплінарного стягнення за вчинений ним проступок, або визнає, що вчинене виходить за межі дисциплінарної відповідальності адвокатів.

До початку розгляду справи, в разі потреби, провадиться додаткова перевірка підстав для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності, яку голова доручає одному з членів дисциплінарної палати. При цьому можуть бути витребувані додаткові документи і матеріали.

Під час розгляду справи участь адвоката, який притягається до дисциплінарної відповідальності, є обов'язковою. Повторна неявка адвоката без поважних причин не перешкоджає розглядові справи у його відсутності. У ході засідання адвокат, який притягається до дисциплінарної відповідальності, має право в будь-який момент заявляти клопотання і давати додаткові пояснення. За розсудом дисциплінарної палати можуть бути заслухані повідомлення інших осіб, запрошених з ініціативи як адвоката, так і палати, оголошені документи і досліджені інші матеріали, що є у справі, і ті, що подані додатково. Рішення виноситься у відсутності адвоката, щодо якого порушено дисциплінарну справу.

Якщо протягом року з дня накладання дисциплінарного стягнення адвоката не буде піддано новому дисциплінарному стягненню, він вважається таким, що не піддавався дисциплінарному стягненню. Дисциплінарна палата може після закінчення не менш як шести місяців з дня накладання стягнення зняти його

достроково при бездоганній поведінці адвоката і сумлінному ставленні до виконання своїх обов'язків.

1.22. Припинення адвокатської діяльності. Відносини адвокатури з Міністерством юстиції та органами місцевого самоврядування. Спілки та асоціації, в які можуть об'єднуватися адвокати.

Рішення про припинення адвокатської діяльності та про анулювання свідоцтва кваліфікаційно-дисциплінарною комісією може бути прийнято у випадках:

—засудження адвоката за вчинення злочину — після набрання вироком законної сили;

—обмеження судом дієздатності або визнання адвоката недієздатним;

—втрати громадянства України;

—грубого порушення вимог Закону України «Про адвокатуру» та інших актів законодавства України, які регулюють діяльність адвокатури, і Присяги адвоката України.

Адвокати та адвокатські об'єднання можуть створювати регіональні, загальнодержавні та міжнародні спілки та асоціації. Спілки та асоціації адвокатів представляють інтереси адвокатів у державних органах і об'єднаннях громадян, захищають соціальні та професійні права адвокатів, здійснюють методичну і видавничу роботу, сприяють підвищенню професійного рівня адвокатів, можуть створювати спеціальні фонди і діють відповідно до своїх статутів.

Міністерство юстиції України:

—забезпечує необхідне фінансування оплати праці адвокатів за рахунок держави у разі участі адвоката у кримінальній справі за призначенням та при звільненні громадян від оплати юридичної допомоги;

—узагальнює адміністративні дані про адвокатську діяльність;

—сприяє проведенню заходів щодо підвищення професійного рівня адвокатів.

Місцеві органи державного управління у межах своєї компетенції сприяють адвокатам та адвокатським об'єднанням у вирішенні соціальних питань, надають їм в оренду придатні для роботи приміщення, встановлюють пільги щодо орендної плати за використання приміщень тощо.

2

Правила адвокатської етики

2.1. Основні принципи адвокатської етики згідно з Правилами адвокатської етики

Основні принципи адвокатської етики закріплено у розділі II Правил адвокатської етики. До них належать:

—незалежність;
—дотримання законності;
—домінантність інтересів клієнтів;
—неприпустимість представництва клієнтів з суперечливими інтересами;
—конфіденційність;
—компетентність та добросовісність;
—чесність і порядність;
—повага до адвокатської професії;
—культура поведінки;
—обмежене рекламування діяльності адвокатів.

Розглянемо їх детальніше.

Незалежність. Специфіка цілей і завдань адвокатури вимагає як необхідної умови належного здійснення адвокатської діяльності максимальної незалежності адвоката у виконанні своїх професійних прав і обов'язків, що передбачає його свободу від будь-якого зовнішнього впливу, тиску чи втручання в його діяльність, зокрема з боку державних органів, а також від впливу своїх особистих інтересів.

З метою дотримання цього принципу в своїй професійній діяльності адвокат зобов'язаний протистояти будь-яким спробам посягання на його незалежність, бути мужнім і принциповим у виконанні своїх професійних обов'язків, відстоюванні професійних прав та їх ефективному використанні в інтересах клієнтів.

Адвокат зобов'язаний не допускати в своїй професійній діяльності компромісів, що применшували б його незалежність, з метою догодити суду, іншим державним органам, третім особам або клієнту, якщо такі компроміси розходяться з законними інтересами клієнта і перешкоджають належному наданню йому правової допомоги.

Адвокат не повинен займатися іншою діяльністю, яка ставила б його в юридичну, матеріальну або моральну залежність від інших осіб, підпорядкувала його вказівкам або правилам, які можуть увійти в суперечність з нормами чинного законодавства про адвокатуру і Правилами адвокатської етики, або можуть іншим

чином перешкоджати вільному і незалежному виконанню адвокатом його про-% есійних обов'язків.

Адвокат не повинен ділити гонорар, отриманий від клієнта, з іншими особами, окрім адвоката, що раніше виконував це доручення, та спадкоємців померлого адвоката, чиє частково виконане доручення він прийняв. Не повинен при виконанні доручення клієнта керуватися вказівками інших осіб стосовно змісту, эорм, методів, послідовності і часу здійснення його професійних прав і обов'язків, якщо вони суперечать його власній уяві про оптимальний варіант виконання доручення клієнта.

Дотримання законності. У своїй професійній діяльності адвокат зобов'язаний і втримуватися чинного законодавства України, сприяти утвердженню та практігчній реалізації принципів верховенства права та законності, вживати всі свої знання і професійну майстерність для належного захисту і представництва прав - *і* законних інтересів громадян і юридичних осіб.

Адвокат не може давати клієнту поради, свідомо спрямовані на полегшення :коєння правопорушень, або іншим чином зумисно сприяти їх скоєнню його огієнтом або іншими особами.

Адвокат не має права в своїй професійній діяльності вдаватися до засобів та мекщів, які суперечать чинному законодавству або Правилам адвокатської етики.

У своєму приватному житті адвокат також зобов'язаний дотримуватися закону. не вчиняти правопорушень і не сприяти зумисно їх скоєнню іншими особами.

Домінантність інтересів клієнтів. У межах дотримання принципу законності адвокат зобов'язаний у своїй професійній діяльності виходити з переваги інтересів клієнтів перед своїми власними інтересами, інтересами колег, партнерів, : тшробітників, інтересами законних представників клієнтів, або їх опікунів, піклутпьників та інших осіб, а також будь-якими іншими міркуваннями.

Адвокат повинен поважати свободу вибору клієнтом адвоката і ні до прийняття доручення, ні в процесі його виконання не вчиняти перешкод до реалізації цієї :5ободи.

Неприпустимість представництва клієнтів з суперечливими інтересами. Адво-ю може представляти одночасно двох або більше клієнтів, інтереси котрих є взаємно суперечливими, або з високим ступенем вірогідності можуть стати супеивими.

Конфіденційність. Дотримання принципу конфіденційності є необхідною і діонайважливішою передумовою довірчих відносин між адвокатом і клієнтом, оез яких є неможливим належне надання правової допомоги. Тому збереження конфіденційності будь-якої інформації, отриманої адвокатом від клієнта, а також ТОО клієнта (зокрема щодо його особи) або інших осіб у процесі здійснення адво-• дтської діяльності, є правом адвоката у відносинах з усіма суб'єктами права, які ть вимагати розголошення такої інформації, та обов'язком щодо клієнта і тих осіб, кого ця інформація стосується.

Дія принципу конфіденційності не обмежена в часі. Конфіденційність певної | зрмації, що охороняється правилами цієї статті, може бути скасована тільки особою, зацікавленою в її дотриманні (або спадкоємцями такої фізичної особи чи знаступниками юридичної особи), в письмовій або іншій зафіксованій формі.

Адвокат не відповідає за порушення цього принципу у випадках допиту його у встановленому законом порядку як свідка стосовно обставин, які виходять за ежі предмета адвокатської таємниці, визначеного чинним законодавством, хоча : хоплюється предметом конфіденційності інформації, передбаченим Правилатлвокатської етики.

За всіх інших обставин при визначенні обсягу відомостей, на котрі поширюється обов'язок збереження конфіденційності, адвокат повинен виходити з норм Правил адвокатської етики.

Розголошення відомостей, що становлять адвокатську таємницю, заборонено за будь-яких обставин, включаючи незаконні спроби органів дізнання, попереднього слідства і суду допитати адвоката про обставини, що становлять адвокатську таємницю.

Адвокат (адвокатське об'єднання) зобов'язаний забезпечити розуміння і дотримання принципу конфіденційності його помічниками та членами технічного персоналу; забезпечити такі умови зберігання документів, переданих йому клієнтом, адвокатських досьє та інших матеріалів, що знаходяться в його розпорядженні і містять конфіденційну інформацію, котрі розумно виключають доступ до них сторонніх осіб.

Компетентність та добросовісність. Зважаючи на суспільну значущість і складність професійних обов'язків адвоката, від нього вимагається високий рівень професійної підготовки, фундаментальне знання чинного законодавства, практики його застосування, опанування тактики, методів і прийомів адвокатської діяльності, ораторського мистецтва.

Адвокат зобов'язаний надавати правову допомогу клієнтам компетентно і добросовісно, що передбачає знання відповідних норм права, наявність необхідного досвіду їх застосування, доскональність в урахуванні всіх обставин, що стосуються доручення клієнта і можливих правових наслідків його виконання, ретельну підготовку до належного виконання доручення.

Адвокат зобов'язаний незалежно від сфери своєї переважної спеціалізації, якщо така є, підтримувати на належному рівні знання у питаннях, з яких він згідно з чинним законодавством зобов'язаний надавати юридичну допомогу за призначенням органів слідства або суду, а також безкоштовно.

Постійна праця над вдосконаленням своїх знань і професійної майстерності, та володіння достатньою інформацією про зміни у чинному законодавстві є обов'язком адвоката.

Адвокат повинен забезпечувати розумно необхідний рівень компетентності своїх помічників, технічного персоналу та інших осіб, що залучаються ним для виконання окремих робіт у зв'язку з виконанням доручення.

Чесність і порядність. Адвокат повинен як у своїй професійній діяльності, так і в приватному житті бути чесним і порядним; не вдаватися до омани, погроз, шантажу, підкупу, використання тяжких матеріальних чи особистих обставин інших осіб або інших протизаконних засобів для досягнення своїх професійних чи особистих цілей; поважати права, законні інтереси, честь, гідність, репутацію та почуття осіб, з якими він спілкується в різних відносинах.

Повага до адвокатської професії. Всією своєю діяльністю адвокат повинен стверджувати повагу до адвокатської професії, її сутності і громадського призначення, сприяти збереженню та підвищенню її престижу.

Цей принцип повинен дотримуватись у всіх сферах діяльності адвоката: професійній, громадській, публіцистичній та ін.

Адвокат зобов'язаний виконувати законні рішення виборних органів адвокатури, прийняті в межах їх компетенції, що не виключає можливості критики останніх та їх оскарження у встановленому законом порядку.

Адвокат не повинен вчиняти дій, спрямованих на обмеження права особи на захист, професійних прав адвокатів, незалежності адвокатської професії, підрив її престижу.

Культура поведінки. Адвокат повинен як у своїй професійній діяльності, так і в приватному житті, дбаючи про престиж звання адвоката, забезпечувати високий рівень культури поведінки, поводити себе гідно, стримано, тактовно, по можливості зберігати самоконтроль і витримку, під час здійснення своєї професійної діяльності мати пристойний зовнішній вигляд.

Обмежене рекламування діяльності адвокатів. Адвокат, який практикує індивідуально, і адвокатське об'єднання мають право рекламувати свою професійну діяльність з дотриманням чинного законодавства і Правил адвокатської етики.

Рекламування допускається у формі вміщення об'яв, інформаційних повідомлень та інших рекламних матеріалів у періодичних виданнях, довідниках, інформаційних бюлетенях, інших друкованих виданнях, а також трансляції рекламних матеріалів по радіо і телебаченню.

Адвокат не має права пропонувати свої послуги конкретному клієнту ні особисто, ні через посередників.

Рекламні об'яви або інші рекламні матеріали щодо професійної діяльності адвоката (адвокатського об'єднання):

1) повинні містити: відомості про прізвище та ім'я адвоката (назву адвокатського об'єднання); адресу, за якою може здійснюватись надання правової допомоги цим адвокатом (об'єднанням); номер телефону; загальні відомості про галузі права, в котрих спеціалізується адвокат (адвокатське об'єднання) або вказівку про те, що правова допомога може бути надана з усіх галузей права; реєстраційний номер, дату і місце видачі адвокату свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю (дату реєстрації адвокатського об'єднання та його реєстраційний номер);

2) можуть містити:

—відомості про те, в яких навчальних закладах адвокатом (членами адвокатського об'єднання) отримана освіта; де він підвищував кваліфікацію надалі; про вчені та інші звання адвоката, нагороди, що він має, вчені праці, інші академічні заслуги і професійні досягнення адвоката; його членство в спілках, асоціаціях адвокатів, участь в їх органах;

—дані про тривалість стажу роботи адвокатом або юристом (з обов'язковою конкретизацією тривалості стажу роботи адвокатом);

—відомості про іноземні мови, якими володіє адвокат;

3) не можуть містити:

—оціночних характеристик адвоката;

—відгуків інших осіб про роботу адвоката;

—порівнянь з іншими адвокатами і їх критики;

—заяв про вірогідність успішного виконання доручень та інших заяв, що можуть викликати безпідставні надії у клієнтів;

—вказівок, які можуть скласти уявлення, що діяльність саме цього адвоката характеризується рисами і показниками, притаманними, в дійсності, адвокатурі як такій.

Рекламні матеріали про діяльність адвоката (адвокатського об'єднання) мають бути об'єктивними, достовірними, чіткими і зрозумілими, не повинні містити натяків, двозначностей або іншим чином утворювати підґрунтя для введення потенційних клієнтів в оману, мають відповідати розумним естетичним вимогам.

Рекламні матеріали про діяльність адвокатських об'єднань, в яких вказуються імена адвокатів та інших співробітників адвокатського об'єднання, повинні містити також точні вказівки про статус кожної з цих осіб: адвокат, помічник

адвоката, юрист (без статусу адвоката) або член технічного персоналу (директор, менеджер, секретар, перекладач і т. ін.).

Адвокати (керівники адвокатського об'єднання) несуть персональну відповідальність за достовірність рекламних матеріалів про них (про адвокатські об'єднання), а також за їх відповідність чинному законодавству і Правилам адвокатської етики.

Якщо адвокату (адвокатському об'єднанню) стало відомо про поширену без його відома рекламу його діяльності, що не відповідає зазначеним вимогам, він зобов'язаний вжити всіх розумно доступних заходів до спростування і корегування такої рекламної інформації та повідомити про це регіональну кваліфікаційно-дисциплінарну комісію.

Всі вищевикладені обмеження стосовно рекламних матеріалів адвокатів (адвокатських об'єднань) поширюються не тільки безпосередньо на рекламні об'яви, а й на об'яви про прийом на роботу співробітників тощо.

2.2. Конфіденційність. Обов'язки адвоката щодо збереження конфіденційної інформації, одержаної від клієнта чи стосовно клієнта відповідно до Правил адвокатської етики.

Дотримання принципів конфіденційності:

а) на стадії прийняття доручення клієнта. Адвокат не повинен приймати доручення, виконання якого може спричинити розголошення відомостей, конфіденційність котрих охороняється Правилами адвокатської етики, крім випадків, коли на це буде отримано письмову згоду особи, зацікавленої в збереженні конфіденційності, за умови, що її інтересам при цьому об'єктивно не буде завдано шкоди.

У випадку відмови від прийняття доручення адвокат зобов'язаний зберігати конфіденційність інформації, повідомленої йому клієнтом у ході переговорів про прийняття доручення, або такої, що стада йому відомою у зв'язку з цим.

б) зміст обмежень, пов'язаних з конфліктом інтересів при прийнятті доручення адвокатськими об'єднаннями. Зміст статей 23, 25 Правил адвокатської етики про обмеження права на прийняття доручення внаслідок суперечності інтересів та обмежень, що випливають з принципу конфіденційності, поширюються на відносини, що виникають при укладенні угоди як безпосередньо з адвокатом, так і з адвокатським об'єднанням.

Жоден з адвокатів — членів адвокатського об'єднання не може прийняти доручення клієнта, якщо іншому адвокату — члену цього адвокатського об'єднання це забороняється згідно з правилами, передбаченими статтями 23, 25 Правил адвокатської етики.

Правила, викладені в статтях 23 і 25 Правил адвокатської етики, в частині, що стосується адвокатських об'єднань, поширюються на членів адвокатських об'єднань, діяльність яких здійснюється в одному приміщенні, які користуються технічними послугами одного й того самого технічного персоналу та користуються спільною офісною технікою, а також перебувають при здійсненні професійної діяльності у відносинах регулярного спілкування, пов'язаного з технічними особливостями організації роботи об'єднання.

2.3. Компетентність та сумлінність. Обов'язки адвоката з дотримання цих принципів згідно з Правилами адвокатської етики.

Інформування клієнта про хід виконання доручення. Адвокат повинен з розумною регулярністю інформувати клієнта про хід виконання доручення і своєчасно відповідати на запити клієнта про стан його справи. Інформація має подаватися :<лієнту в обсязі, достатньому для того, щоб він міг приймати обґрунтовані рішення щодо суті свого доручення.

Дотримання принципу добросовісності на стадії виконання адвокатом доручення *иієнта.* Кожному дорученню, незалежно від розміру обумовленого гонорару, адзокат повинен приділяти розумно необхідну для його успішного виконання увагу.

При виконанні доручення адвокат зобов'язаний використати всі розумно необхідні і доступні йому законні засоби для надання ефективної правової допомоги клієнту. Адвокат має виявляти активність у збиранні відомостей про факти, що можуть бути використані як докази у дорученій йому справі, бути принциповим і наполегливим у використанні дозволених законом засобів їх отримання. Адвокат повинен намагатися оперативно виконувати доручення клієнтів, дотримуючись при цьому всіх інших вимог, що пред'являються законом і Правилами адвокатської етики до належного виконання адвокатом своїх професійних обов'язків.

Особливі вимоги щодо сумлінного виконання адвокатом своїх обов'язків виїдаються у разі, якщо клієнтом виступає недієздатна (обмежено, частково : £ здатна) особа.

Недієздатність (обмежена, часткова дієздатність) клієнта або його фактично знижена здатність адекватно оцінювати дійсність сама по собі не може правити за л ставу, що виправдовує невиконання (неналежне виконання) адвокатом своїх професійних обов'язків стосовно такого клієнта.

Якщо через вік, психічне захворювання, інші об'єктивні причини у клієнта знижена можливість приймати виважені рішення, пов'язані зі змістом доручення, адвокат повинен намагатися підтримувати з ним нормальні стосунки, що дповідають вимогам Правил адвокатської етики. Якщо клієнт у встановленому законом порядку визнаний недієздатним (обмежено дієздатним) і над ним запроваджено опіку (піклування) або якщо клієнт є неповнолітнім, і інтереси клієнта, оповідно, представляє законний представник (або опікун, піклувальник), кот- : свідомо для адвоката діє на шкоду законним інтересам неповнолітнього "топічного), адвокат повинен:

1) відмовитись від прийняття (або, відповідно, — продовження виконання) поручення, яке може завдати шкоди інтересам неповнолітнього (підопічного);

2) вжити всіх доступних йому заходів до захисту законних інтересів клієнта;

3) поставити органи опіки та піклування до відома щодо зазначених дій опікуна (піклувальника) недієздатного (обмежено дієздатного) клієнта або законних ; пставників (опікуна) неповнолітнього.

Дотримання адвокатом принципу добросовісності при здійсненні захисту за призначенням та наданні правової допомоги безоплатно. Адвокат зобов'язаний сумлінно ставитися до виконання прийнятих на себе доручень як у випадках, коли угодами передбачено отримання повноцінного гонорару за їх виконання, так і коли правова допомога, що надається адвокатом, оплачується державою за фіксованими ставками або надається безоплатно відповідно до закону або угоди між адвокатом і клієнтом.

2.4. Рекламування діяльності адвокатів. Які відомості рекламного характеру щодо своєї діяльності може і які не може використовувати адвокат згідно з Правилами адвокатської етики.

Адвокат не може вдаватися до антирекламы стосовно іншого адвоката (адвокатського об'єднання) або використовувати цей метод при рекламуванні своєї діяльності.

Одним з принципів адвокатської етики є вимога щодо обмеженості рекламування адвокатської діяльності. Пункт 14 Адвокатської етики передбачає:

(1) Адвокат, який практикує індивідуально, і адвокатське об'єднання мають право рекламувати свою професійну діяльність з дотриманням чинного законо давства і цих Правил.

(2) Рекламування допускається у формі вміщення об'яв, інформаційних повідомлень та інших рекламних матеріалів у періодичних виданнях, довідниках, інформаційних бюлетенях, інших друкованих виданнях, а також трансляції рек ламних матеріалів по радіо і телебаченню.

Адвокат не має права пропонувати свої послуги конкретному клієнту ні особисто, ні через посередників.

(3) Рекламні об'яви або інші рекламні матеріали щодо професійної діяльності адвоката (адвокатського об'єднання):

1) повинні містити: відомості про прізвище та ім'я адвоката (назву адвокатського об'єднання); адресу, за якою може здійснюватись надання правової допомоги цим адвокатом (об'єднанням); номер телефону; загальні відомості про галузі права, в котрих спеціалізується адвокат (адвокатське об'єднання) або вказівку про те, що правова допомога може бути надана з усіх галузей права; реєстраційний номер, дату і місце видачі адвокату свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю (дату реєстрації адвокатського об'єднання та його реєстраційний номер);

2) можуть містити:

—відомості про те, в яких навчальних закладах адвокатом (членами адвокатського об'єднання) отримана освіта; де він підвищував кваліфікацію надалі; про вчені та інші звання адвоката, нагороди, що він має, вчені праці, інші академічні заслуги і професійні досягнення адвоката; його членство в спілках, асоціаціях адвокатів, участь в їх органах;

—дані про тривалість стажу роботи адвокатом або юристом (з обов'язковою конкретизацією тривалості стажу роботи адвокатом);

—відомості про іноземні мови, якими володіє адвокат;

3) не можуть містити:

—оціночних характеристик адвоката;

—відгуків інших осіб про роботу адвоката;

—порівнянь з іншими адвокатами і їх критики;

—заяв про вірогідність успішного виконання доручень та інших заяв, що можуть викликати безпідставні надії у клієнтів;

—вказівок, які можуть скласти уявлення, що діяльність саме цього адвоката характеризується рисами і показниками, притаманними, в дійсності, адвокатурі як такій.

(4) Рекламні матеріали про діяльність адвоката (адвокатського об'єднання) мають бути об'єктивними, достовірними, чіткими і зрозумілими, не повинні містити натяків, двозначностей або іншим чином утворювати підґрунтя для

введення потенційних клієнтів в оману, мають відповідати розумним естетичним вимогам.

(5) Рекламні матеріали про діяльність адвокатських об'єднань, в яких вказуються імена адвокатів та інших співробітників адвокатського об'єднання, повинні містити також точні вказівки про статус кожної з цих осіб: адвокат, помічник адвоката, юрист (без статусу адвоката) або член технічного персоналу (директор, менеджер, секретар, перекладач і т. ін.).

(6) Адвокати (керівники адвокатського об'єднання) несуть персональну відповідальність за достовірність рекламних матеріалів про них (про адвокатські об'єднання), а також за їх відповідність чинному законодавству і цим Правилам.

Якщо адвокату (адвокатському об'єднанню) стало відомо про поширену без його відома рекламу його діяльності, що не відповідає зазначеним вимогам, він зобов'язаний вжити всіх розумно доступних заходів до спростування і корегування такої рекламної інформації та повідомити про це регіональну кваліфікаційно-дисциплінарну комісію.

(7) Всі вищевикладені обмеження стосовно рекламних матеріалів адвокатів (адвокатських об'єднань) поширюються не тільки безпосередньо на рекламні об'яви, а й на об'яви про прийом на роботу співробітників, тощо.

2.5. Відносини адвоката з клієнтами. Форма та зміст угоди з клієнтом про надання правової допомоги відповідно до Правил адвокатської етики.

Основні вимоги щодо побудови відносин адвоката з клієнтами закріплено у розділі III Правил адвокатської етики. Підставами встановлення відносин адвоката з клієнтами щодо надання правової допомоги відповідно до ст. 15 Правил адвокатської етики є:

—угода з клієнтом про надання правової допомоги;

—призначення особи, яка здійснює дізнання, слідчого чи суду в порядку, передбаченому кримінально-процесуальним законодавством України.

У випадках надання правової допомоги таких видів, як консультації та роз'яснення з правових питань, довідки щодо законодавства, складення окремих правових документів, угода може укладатися в спрощеній письмовій формі (рядок у відомості тощо) або усній формі, коли правова допомога надається безкоштовно.

Стосовно надання правової допомоги інших видів угода може укладатися в усній формі лише в ситуації, коли укладення письмової угоди є неможливим, а клієнт потребує невідкладного надання правової допомоги. У таких випадках угода підлягає наступному письмовому оформленню.

У всіх інших випадках доручення клієнта на надання йому адвокатом правової допомоги підлягає оформленню у формі письмової угоди про надання правової допомоги.

Стаття 17 Правил адвокатської етики закріплює загальні вимоги до змісту угоди про надання правової допомоги. Відповідно до цієї статті, в угоді про надання правової допомоги мають бути чітко і недвозначно визначені всі головні умови, на яких адвокат приймає доручення клієнта. Зокрема, в угоді про надання правової допомоги в будь-якому випадку мають бути визначені:

а) прізвище, ім'я та по батькові, адреса фізичної особи або назва та адреса юридичної особи — клієнта;

б) ті ж відомості щодо особи, яка уклала угоду, якщо договір укладається не особисто клієнтом;

в) прізвище, ім'я та по батькові адвоката (або назва адвокатського об'єднання), який надаватиме правову допомогу, та його адреса;

г) зміст доручення: яка саме правова допомога має надаватися за угодою і де вона має надаватися;

ґ) розмір гонорару, порядок його обчислення (фіксована сума, погодинна оплата) і внесення (авансування, оплата за результатом тощо);

д) розмір, порядок обчислення і внесення фактичних видатків, пов'язаних з виконанням доручення;

є) підписи осіб, які уклали угоду.

Угода не повинна містити положень, що суперечать чинному законодавству та Правилам адвокатської етики. Зокрема, забороняється включення в угоду з клієнтом положень про позбавлення його права стягнення шкоди, заподіяної неналежним виконанням адвокатом прийнятого доручення, або про обмеження такого права.

2.6. Особи, від яких адвокат може прийняти доручення на надання правової допомоги. Забезпечення реальної згоди клієнта на надання йому допомоги певним адвокатом згідно з Правилами адвокатської етики.

Адвокат може прийняти доручення на надання правової допомоги тільки безпосередньо від клієнта або його представника, уповноваженого на укладання угоди з адвокатом, або законного представника неповнолітнього чи недієздатного клієнта, або органу (посадової особи), уповноваженого призначати захисника в кримінальному судочинстві відповідно до КПК України.

У всіх випадках, коли допускається прийняття доручення не безпосередньо від клієнта, а від його представника, адвокат зобов'язаний отримати підтвердження згоди клієнта на надання йому правової допомоги цим адвокатом, якщо у представника відсутні повноваження на вибір адвоката на свій розсуд без погодження з клієнтом.

Стаття 19 Правил адвокатської етики встановлює вимогу до адвоката щодо інформування клієнта з метою забезпечення вільного вибору клієнтом адвоката. Для цього до підписання угоди адвокат має повідомити клієнту, в яких галузях права він спеціалізується, якщо така спеціалізація має місце, а на прохання клієнта — також відомості про стаж роботи адвокатом, наявність досвіду у веденні певної категорії справ та обставини, що можуть вплинути на можливе виникнення конфлікту інтересів.

Приймаючи доручення на надання правової допомоги, адвокат повинен зважити свої можливості щодо його виконання і зобов'язаний відмовитися від прийняття доручення, якщо є розумно достатні підстави вважати, що стосовно цього доручення норми Правил адвокатської етики, в яких втілений принцип компетентності, не можуть бути адвокатом дотримані.

У випадку, коли для досягнення рівня компетентності, необхідного для належного виконання доручення, адвокату потрібна спеціальна підготовка, що виходить за межі звичайної підготовки до справи і вимагає значного часу через відсутність у адвоката спеціальних знань законодавства, що підлягає застосуванню в даному випадку, або досвіду ведення відповідної категорії справ, адвокат

зобов'язаний до укладення угоди з клієнтом попередити його про необхідність такої підготовки.

Адвокат не повинен приймати доручення на надання правової допомоги, якщо він через обсяг зайнятості не зможе забезпечити розумно необхідну сумлінність виконання доручення, досконаліcть, ретельність підготовки, оперативність при виконанні доручення, окрім випадків, коли відмова від прийняття доручення в конкретній ситуації може призвести до суттєвого порушення прав та законних інтересів клієнта, або коли клієнт дає згоду на запропоновані йому строки виконання доручення, якщо відстрочка об'єктивно не повинна суттєво позначитися на можливості належного виконання доручення. У будь-якому випадку до укладення угоди з клієнтом адвокат зобов'язаний попередити клієнта про складнощі і можливі негативні наслідки для результату виконання доручення, пов'язані з обсягом зайнятості цього адвоката.

Адвокат не повинен приймати доручення на виконання дій, що виходять за межі його професійних прав та обов'язків.

Крім того, ст. ЗО Правил адвокатської етики встановлює вимоги, спрямовані на дотримання права клієнта на вибір адвоката, що надаватиме йому правову допомогу, на стадії виконання доручення. Так, відповідно до зазначеної статті адвокат не повинен без погодження з клієнтом передоручати виконання доручення в цілому або його відносно самостійних частин іншим особам; вони можуть залучатися до виконання окремих допоміжних дій, пов'язаних із виконанням доручення, і при цьому адвокат несе відповідальність перед клієнтом за такі дії цих осіб.

2.7. Інформування клієнта щодо правової позиції у справі. Відмова адвоката від виконання доручення у зв'язку зі зміною фактичних та правових підстав для досягнення бажаного для клієнта результату відповідно до Правил адвокатської етики.

До підписання угоди про надання правової допомоги у справі, що підлягає судовому розгляду, адвокат повинен з'ясувати всі відомі клієнту обставини, які можуть позначитися на визначенні наявності правової позиції у справі та її змісті, та запитати і вивчити всі відповідні документи, які є в розпорядженні клієнта.

Якщо після виконання зазначених вище вимог адвокат переконається у наявності фактичних і правових підстав для виконання певного доручення, він повинен неупереджено й об'єктивно викласти їх клієнту і повідомити в загальних рисах, який час і обсяг роботи вимагатиметься для виконання цього доручення, та які правові наслідки досягнення результату, якого бажає клієнт, може мати для суттєвих інтересів клієнта.

Якщо за наявності фактичних і правових підстав для виконання доручення, свідомо для адвоката існує поширена несприятлива (з точки зору гіпотетичного результату, бажаного для клієнта) практика застосування відповідних норм права, адвокат зобов'язаний повідомити про це клієнта.

У випадку, коли адвокат дійде висновку про відсутність фактичних та правових підстав для виконання доручення, він зобов'язаний повідомити про це клієнта та узгодити з ним зміну змісту доручення, що відповідав би тому гіпотетичному результату, котрий може бути досягнутий згідно з чинним законодавством, або відмовитися від прийняття доручення.

Адвокат повинен повідомити клієнта про можливий результат виконання доручення на підставі закону та практики його застосування. При цьому забороняється давати клієнту запевнення і гарантії стосовно реального результату виконання доручення, прямо або опосередковано сприяти формуванню у нього необґрунтованих надій, а також уявлення, що адвокат може вплинути на результат іншими засобами, крім сумлінного виконання своїх професійних обов'язків.

2.8. Дотримання принципу законності на стадії прийняття та виконання доручення клієнта. Дотримання поваги до прав інших адвокатів на стадії прийняття доручення клієнта згідно з Правилами адвокатської етики.

Адвокату забороняється приймати доручення, якщо результат, якого бажає клієнт, або засоби його досягнення, на яких клієнт наполягає, є протиправними.

Якщо клієнт наполягає на використанні засобів виконання доручення, котрі є протиправними, адвокат повинен повідомити клієнта про неприпустимість їх застосування та вказати на можливі законні шляхи досягнення того самого або подібного результату. Якщо і при цьому не вдається узгодити з клієнтом зміну змісту доручення, адвокат зобов'язаний відмовитися від укладення з клієнтом угоди.

З метою забезпечення дотримання принципу законності на стадії виконання адвокатом доручення клієнта Правилами адвокатської етики передбачено таке. Адвокату категорично забороняється використовувати при виконанні доручення клієнта незаконні та неетичні засоби, зокрема спонукати свідків до давання завідомо неправдивих свідчень, вдаватися до протизаконних методів тиску на протилежну сторону чи свідків (погроз, шантажу тощо), використовувати свої особисті зв'язки для впливу на суд або інший орган, перед яким він здійснює представництво інтересів клієнтів, використовувати інформацію, отриману від колишнього клієнта, конфіденційність якої охороняється законом, використовувати інші засоби, що суперечать чинному законодавству або Правилам адвокатської етики.

З метою дотримання поваги до прав інших адвокатів на стадії прийняття доручення клієнта до укладення угоди з клієнтом адвокат повинен з'ясувати у нього, чи він не зв'язаний нерозірваною угодою з іншим адвокатом (адвокатським об'єднанням) на виконання тотожного, або такого, що частково збігається за обсягом, доручення, а також з'ясувати, з яких причин клієнт бажає відмовитися від подальшого надання йому правової допомоги іншим адвокатом (адвокатським об'єднанням).

Якщо ці причини пов'язані з нерозумінням клієнтом об'єктивних характеристик його доручення, обсягу професійних прав та обов'язків адвоката тощо, адвокат повинен дати клієнту відповідні роз'яснення.

Якщо клієнт наполягає на заміні адвоката, який виконує доручення, адвокат може прийняти доручення після того, як угоду з іншим адвокатом (адвокатським об'єднанням) буде розірвано.

Неприпустимо прямо або опосередковано схиляти клієнта до зміни адвоката, якщо немає об'єктивних підстав вважати, що подальше надання правової допомоги клієнту іншим адвокатом може завдати шкоди його інтересам.

2.9. Етичні засади прийняття доручення на здійснення посередництва між клієнтами. Підстави та наслідки

припинення адвокатом виконання доручення, пов'язаного з посередництвом між клієнтами згідно з Правилами адвокатської етики.

Адвокат не має права прийняти доручення, якщо інтереси клієнта об'єктивно суперечать інтересам іншого клієнта, з яким адвокат (адвокатське об'єднання) зв'язаний угодою про надання правової допомоги, або якщо є розумні підстави вважати, що передбачуваний розвиток інтересів нового і попереднього клієнта призведе до виникнення суперечності інтересів.

Обмеження, передбачене ч. 1 ст. 23, може бути скасоване в конкретному випадку за письмовою згодою обох (всіх тих) клієнтів, інтереси яких є (або можуть стати) суперечливими.

Адвокат не може прийняти доручення, знаючи, що його виконання може суперечити його власним інтересам, інтересам його родичів чи адвокатського об'єднання, членом котрого він є, або суперечитиме його професійним та іншим обов'язкам, партійним чи релігійним переконанням.

Прийняття доручення за таких обставин можливе лише за умови повідомлення клієнту про можливий конфлікт інтересів і отримання письмової згоди клієнта на представництво його інтересів цим адвокатом, а також за умови, що адвокат впевнений, що він зможе зберегти незалежність і об'єктивність своїх висновків та дій, а також дотримання всіх інших професійних та етичних вимог при виконанні цього доручення.

У будь-якому випадку адвокат не може прийняти доручення, в предметі якого безпосередньо зацікавлений він особисто або його близький родич (або партнер, помічник, член технічного персоналу, член адвокатського об'єднання, до якого належить адвокат), від клієнта, інтереси котрого суперечать інтересам вказаних осіб.

Адвокат, який перебуває в родинних стосунках з іншим адвокатом (батько, мати, син, дочка, рідний брат або сестра, подружжя), не повинен приймати доручення клієнта, знаючи, що його інтереси суперечать інтересам клієнта, якого представляє цей інший адвокат, за винятком випадків, коли обидва клієнти дають на це свою згоду після роз'яснення кожному з них його адвокатом ситуації, що склалася.

Стаття 24 Правил адвокатської етики встановлює етичні засади прийняття доручення на здійснення посередництва між клієнтами. Згідно з цією статтею адвокат може виступати посередником між клієнтами за умови, що:

1) між інтересами клієнтів немає суперечностей і вірогідність виникнення таких є незначною;

2) адвокат пояснить кожному з клієнтів можливі наслідки виконання ним ролі посередника, пов'язаної з одночасним представництвом їх інтересів, включаючи переваги і ризики, котрі можуть бути з цим пов'язані, сутність правових та етичних норм, що регламентують відносини клієнта з адвокатом, і отримає згоду кожного з клієнтів на їх одночасне представництво;

3) адвокат має достатні підстави вважати, що результат одночасного представництва клієнтів буде належним чином відповідати інтересам кожного з них і що навіть при недосягненні результату посередництва інтереси і можливості кожного з клієнтів щодо подальшого захисту його інтересів не постраждають внаслідок їх попереднього представництва одним адвокатом;

4) адвокат має достатні підстави вважати, що він зможе зберегти об'єктивність при одночасному представництві інтересів клієнтів і стосовно до кожного з них виконати свої професійні обов'язки відповідно до закону і вимог Правил адвокатської етики.

2.10. Засади прийняття доручення клієнта декількома адвокатами згідно з Правилами адвокатської етики.

До укладення угоди з клієнтом адвокат повинен з'ясувати у нього, чи він не зв'язаний нерозірваною угодою з іншим адвокатом (адвокатським об'єднанням) на виконання тотожного, або такого, що частково збігається за обсягом, доручення, а також з'ясувати, з яких причин клієнт бажає відмовитися від подальшого надання йому правової допомоги іншим адвокатом (адвокатським об'єднанням).

Якщо ці причини пов'язані з нерозумінням клієнтом об'єктивних характеристик його доручення, обсягу професійних прав та обов'язків адвоката тощо, адвокат повинен дати клієнту відповідні роз'яснення.

Якщо клієнт наполягає на заміні адвоката, що виконує доручення, адвокат може прийняти доручення після того, як угоду з іншим адвокатом (адвокатським об'єднанням) буде розірвано.

Неприпустимо прямо або опосередковано схиляти клієнта до зміни адвоката, якщо немає об'єктивних підстав вважати, що подальше надання правової допомоги клієнту іншим адвокатом може завдати шкоди його інтересам.

Засади прийняття доручення клієнта декількома адвокатами передбачено ст. 28 Правил адвокатської етики. За бажанням клієнта або за погодженням з ним допускається прийняття одного доручення декількома адвокатами. У цьому випадку угодою можуть бути визначені засади розподілу обов'язків та повноважень адвокатів, які сумісно виконуватимуть доручення, а також їх відповідальності перед клієнтом.

Забороняється спонукати клієнта до укладання угоди з декількома адвокатами (що тягне збільшення суми гонорару), якщо причина неможливості виконання доручення одним з них самостійно полягає в його некомпетентності.

У випадках, коли угода про надання правової допомоги укладається з адвокатським об'єднанням в цілому, рішення про призначення конкретного адвоката чи кількох адвокатів для виконання доручення або про заміну адвоката чи адвокатів (у випадках, коли це не суперечить закону) приймається адвокатським об'єднанням на свій розсуд (про що клієнту має бути попередньо повідомлено), якщо в угоді не вказаний інший порядок заміни адвоката.

У випадках, коли клієнт після укладення угоди про надання йому правової допомоги певним адвокатом без погодження з останнім укладе угоду з іншим адвокатом, то перший з адвокатів, а також і другий, якщо клієнт не повідомить його про наявність попередньої угоди, матиме право в односторонньому порядку розірвати укладену угоду про надання правової допомоги за винятком випадків, передбачених чинним законодавством, коли відмова адвоката від подальшого виконання професійних функцій щодо клієнта не допускається.

2.11. Гонорар. Фактори, що повинні братися до уваги при визначенні розміру гонорару згідно з Правилами адвокатсь кої етики.

Згідно зі ст. 33 Правил адвокатської етики гонорар є єдиною допустимою формою отримання адвокатом винагороди за надання правової допомоги клієнту.

Гонорар, отримуваний адвокатом за надання правової допомоги, повинен бути законним за формою і порядком внесення і розумно обґрунтованим за розміром.

Фактори, що повинні братися до уваги при визначенні обґрунтованого розміру гонорару, включають в себе:

1) обсяг часу і роботи, що вимагаються для належного виконання доручення; ступінь складності та новизни правових питань, що стосуються доручення; необхідність досвіду для його успішного завершення;

2) вірогідність того, що прийняття доручення перешкоджатиме прийняттю адвокатом інших доручень або суттєво ускладнить їх виконання в звичайному часовому режимі;

3) необхідність виїзду у відрядження;

4) важливість доручення для клієнта;

5) роль адвоката в досягненні гіпотетичного результату, якого бажає клієнт;

6) досягнення за результатами виконання доручення позитивного результату, якого бажає клієнт;

7) особливі або додаткові вимоги клієнта стосовно строків виконання доручення;

8) характер і тривалість професійних відносин даного адвоката з клієнтом;

9) професійний досвід, науково-теоретична підготовка, репутація, значні професійні здібності адвоката.

Жодний з факторів, вказаних у ч. 3 ст. 33, не має самодостатнього значення; вони підлягають врахуванню в їх взаємозв'язку стосовно до обставин кожного конкретного випадку.

Розмір гонорару і порядок його внесення мають бути чітко визначені в угоді про надання правової допомоги.

Засади обчислення гонорару (фіксована сума, погодинна оплата, доплата гонорару за позитивний результат по справі тощо) визначаються за домовленістю між адвокатом та клієнтом і також мають буги закріплені в угоді.

Угодою може бути передбачена можливість наступної зміни гонорару, визначеного у фіксованій сумі, у зв'язку із суттєвим зростанням або зменшенням обсягу допомоги, що має бути надана, та наслідки недосягнення згоди з цього питання.

Оплата фактичних видатків, пов'язаних з виконанням доручення. Адвокат має право, окрім гонорару, стягувати з клієнта кошти, необхідні для покриття фактичних витрат, пов'язаних з виконанням доручення, якщо обов'язок клієнта з погашення цих витрат визначено угодою.

В угоді про надання правової допомоги мають бути визначені види передбачуваних фактичних витрат, пов'язаних з виконанням доручення (оплата роботи фахівців, чиї висновки запитуються адвокатом, транспортні витрати, оплата друкарських, копіювальних та інших технічних робіт, перекладу та нотаріального посвідчення документів, телефонних розмов тощо): порядок їх погашення (авансування, оплата по факту в певний строк і т. ін.) та може бути визначений їх обсяг.

Якщо необхідність несення фактичних витрат певних додаткових видів або збільшення їх орієнтовного обсягу, визначеного раніше, з'ясувалася після укладення угоди, адвокат повинен негайно повідомити про це клієнта та отримати його згоду на погашення необумовлених раніше видатків.

Адвокат не повинен приймати гонорар або оплату фактичних видатків, пов'язаних з виконанням доручення, від інших осіб, окрім клієнта, крім випадків, коли:

1) клієнт (його представник) наполягає на цьому;

2) прийняття оплати від іншої особи за конкретних обставин не зможе вплинути на незалежність адвоката в наданні правової допомоги клієнту та не потяг-

не порушення обов'язків адвоката, передбачених чинним законодавством та Правилами адвокатської етики.

Списання гонорару. Отримання невнесеного (недовнесеного) гонорару. Право на обернення внесеного клієнтом гонорару в свою власність (списання гонорару) в повному обсязі виникає у адвоката тільки після завершення виконання доручення; разом з тим адвокат має право частково списувати гонорар по ходу виконання доручення, якщо інше не передбачене угодою про надання правової допомоги. Право адвоката на отримання невнесеного (недовнесеного) гонорару не залежить від результату виконання доручення, якщо інше не передбачене угодою про надання правової допомоги.

Сума гонорару, обумовлена в угоді про надання правової допомоги, є обов'язковою тільки для адвоката (адвокатського об'єднання), який уклав цю угоду, і не перешкоджає іншому адвокату, який приймає це доручення (повністю або в частині) після розірвання попередньої угоди на його виконання, визначити суму гонорару наново, виходячи з критеріїв, передбачених ч. 3 ст. 33 Правил адвокатської етики.

Адвокат, який продовжує виконання доручення, раніше прийняте іншим адвокатом (адвокатським об'єднанням):

1) внаслідок переукладення угоди на надання правової допомоги — повинен по можливості сприяти отриманню сум гонорару, належних іншому адвокату за фактично виконаний ним обсяг роботи;

2) у випадку смерті іншого адвоката (ліквідації адвокатського об'єднання) — повинен сприяти отриманню зазначених сум його спадкоємцями (правонаступниками об'єднання).

2.12. Гонорарні відносини у разі дострокового розірвання угоди. Отримання гонорару за фактично виконану правову допомогу згідно з Правилами адвокатської етики.

Стаття 37 Правил адвокатської етики передбачає порядок врегулювання гонорарних відносин у випадку дострокового розірвання угоди. У цьому випадку:

1) за ініціативою клієнта, якщо причина розірвання угоди полягає в неналежному, такому, що не відповідає закону і Правилам адвокатської етики, виконанні доручення, або при фактичній відмові адвоката від виконання доручення (крім випадків, коли згідно з законом і Правилами адвокатської етики допускається одностороннє розірвання угоди адвокатом) — адвокат не має права вимагати сплати йому гонорару і повинен повернути клієнту одразу після розірвання угоди фактично внесений гонорар;

2) за ініціативою клієнта в інших випадках, а також за зустрічною ініціативою адвоката і клієнта або за ініціативою адвоката у випадках, коли це допускається відповідно до закону та Правил адвокатської етики, адвокат має право вимагати сплати гонорару в частині, що відповідає обсягу фактично виконаної адвокатом роботи, або списати відповідну частину реально внесеного клієнтом гонорару, якщо інше не передбачене угодою про надання правової допомоги.

2.13. Одностороннє розірвання адвокатом чи особою угоди про надання правової допомоги згідно з Правилами адвокатської етики.

Стаття 40 Правил адвокатської етики встановлює порядок одностороннього розірвання клієнтом угоди про надання правової допомоги. Згідно з цією статтею клієнт може в будь-який час і з будь-яких причин (або без їх пояснення) розірвати угоду з адвокатом в односторонньому порядку. Адвокат не має права вчиняти тиск на клієнта з метою перешкодити реалізації цього права.

Водночас адвокат, котрому став відомий намір клієнта розірвати угоду з ним, повинен пояснити клієнту можливі наслідки цього для перспективи подальшого виконання його доручення, з'ясувати причини, що потягли ініціювання клієнтом розірвання угоди, і якщо вони пов'язані з помилковим уявленням клієнта про хід захисту (представництва) його інтересів або обумовлені недоліками в захисті (представництві) клієнта адвокатом, які можуть бути усунені, — пояснити це клієнту і обговорити з ним можливість збереження угоди, якщо це об'єктивно відповідає інтересам клієнта.

Стаття 41 Правил передбачає можливість одностороннього розірвання адвокатом угоди про надання правової допомоги. Відповідно до цього нормативного положення адвокат може достроково (до завершення виконання доручення) розірвати угоду з клієнтом за сукупності таких умов:

1) клієнт згоден на розірвання угоди, маючи достатню інформацію про можливі наслідки цього для перспективи виконання його доручення;

2) у клієнта є реальна можливість звернутися до іншого адвоката;

3) чинним законодавством не передбачено неможливість розірвання угоди про надання правової допомоги певного виду.

Без дотримання першої і другої умови адвокат може достроково розірвати угоду з клієнтом за однієї з таких обставин:

1) клієнт вчиняє дії, що стосуються суті доручення, на порушення чинного законодавства і відмовляється припинити їх вчинення, не зважаючи на роз'яснення адвоката;

2) клієнт використовує правову допомогу, що йому надається адвокатом, для полегшення вчинення злочину;

3) клієнт, не зважаючи на роз'яснення адвоката, наполягає на досягненні результату, який через нові або нововиявлені обставини є об'єктивно недосяжним;

4) клієнт грубо порушує обов'язки, взяті ним на себе згідно з угодою про надання правової допомоги;

5) належне виконання доручення стає неможливим через дії клієнта, що вчиняються ним всупереч порадам адвоката;

6) клієнт вчиняє дії, що ганьблять честь, гідність і ділову репутацію адвоката;

7) клієнт не погоджується погашати фактичні видатки у випадку, якщо вони є необхідними для подальшого виконання доручення;

8) фізичний або психологічний стан адвоката позбавляє його можливості належним чином продовжувати виконання доручення; у цьому випадку адвокат зобов'язаний вжити всіх доступних йому заходів для запобігання ущемленню законних інтересів клієнта і забезпеченню подальшого представництва клієнта іншим адвокатом;

9) в інших випадках, передбачених Правилами адвокатської етики.

У всіх випадках розірвання угоди за ініціативою адвоката він зобов'язаний попередити про це клієнта, пояснити йому причини розірвання угоди, пересвідчи-

тися, що вони об'єктивно або суб'єктивно, виходячи з позиції, зайнятої клієнтом, не можуть бути усунені, і вжити розумно необхідних заходів для захисту законних інтересів клієнта.

Правилами адвокатської етики також передбачено порядок розірвання угоди про надання правової допомоги за взаємною згодою адвоката і клієнта та порядок розірвання угоди про надання правової допомоги через суперечність інтересів клієнтів або неможливість дотримання принципу конфіденційності.

Угода про надання правової допомоги може бути в будь-який час розірвана за взаємною згодою адвоката і клієнта за умови, що клієнту повідомлено можливі наслідки розірвання угоди для перспективи виконання його доручення.

Щодо розірвання угоди про надання правової допомоги через суперечність інтересів клієнтів або неможливість дотримання принципу конфіденційності ст. 43 Правил передбачає, що у випадку, коли в процесі виконання доручення клієнта адвокат дізнався про існування суперечності між інтересами цього та інших клієнтів, він повинен розірвати угоду з клієнтом (одним з клієнтів), якщо не буде отримано відповідної письмової згоди клієнта (клієнтів) або осіб, зацікавлених у збереженні конфіденційної інформації, на подальше представництво його (їх) інтересів цим адвокатом або на розголос конфіденційної інформації.

При визначенні того, з ким із клієнтів розірвати угоду, адвокат має виходити із зіставлення можливостей рівноцінного представництва інтересів кожного з них іншим адвокатом, важливості прав та інтересів, пов'язаних з предметом доручень, строків необхідного здійснення дій по кожному з доручень, розміру передбачуваної шкоди, що може бути заподіяна кожному з клієнтів внаслідок розірвання угоди про надання правової допомоги.

При розірванні угоди (незалежно від причин) адвокат зобов'язаний:

1) повернути клієнту отримані від нього документи, а також документи, видані адвокату для клієнта іншими особами в ході виконання доручення, майно, пере дане клієнтом на зберігання адвокату, та невитрачені кошти, що призначалися для погашення видатків, пов'язаних з виконанням доручення;

2) поінформувати клієнта щодо здійсненої адвокатом роботи і передати клієнту копії процесуальних документів, складених адвокатом при виконанні доручення. Це правило не поширюється на випадки розірвання угоди адвокатом з підстав грубого порушення клієнтом зобов'язань, прийнятих на себе згідно з угодою, що виразилося у відмові від сплати або фактичній несплаті гонорару в повному обсязі.

Статтею 45 Правил адвокатської етики передбачено особливості розірвання угоди про надання правової допомоги з адвокатським об'єднанням. Якщо стороною в угоді з клієнтом про надання правової допомоги виступає адвокатське об'єднання, то при виникненні обставин, які є підставами для розірвання угоди, пов'язаних з конкретним адвокатом, котрого об'єднання призначило для надання правової допомоги клієнту, адвокатське об'єднання повинне вжити заходів для заміни адвоката за згодою клієнта, якщо при цьому можуть бути дотримані вимоги Правил адвокатської етики.

2Л4. Етичні аспекти відносин адвоката з клієнтом — юридичною особою згідно з Правилами адвокатської етики.

Етичні аспекти відносин адвоката з клієнтом — юридичною особою передбачено ст. 47 Правил адвокатської етики.

У відносинах щодо надання правової допомоги клієнту — юридичній особі адвокат при визначенні суб'єкта прав і обов'язків клієнта і відповідному визначенні порядку реалізації своїх обов'язків має виходити з такого:

1) для цілей передбаченої законодавством та Правилами адвокатської етики взаємодії з клієнтом (узгодження змісту доручення, отримання дозволу на розголошення конфіденційної інформації, надання роз'яснень щодо правової позиції у справі, інформування про хід виконання доручення тощо) клієнта уособлює особа, яка від імені юридичної особи уклала угоду на надання останній правової допомоги, маючи на те належні повноваження, або інша особа (особи), зазначена в угоді;

2) носієм прав та обов'язків, які захищає або представляє адвокат при наданні правової допомоги, є юридична особа як така.

Тому якщо пов'язані з предметом доручення дії особи (осіб), зазначених у ч. 1 ст. 47, або інших осіб, що перебувають у трудових (членських або подібних) відносинах з клієнтом — юридичною особою є протиправними, або такими, що об'єктивно шкодять інтересам клієнта і унеможливлюють ефективне виконання доручення, адвокат має вжити розумно необхідні і доступні йому заходи для зменшення негативних наслідків таких дій, зокрема може оскаржити їх керівнику юридичної особи (або вищому щодо нього органу).

Якщо, незважаючи на вжиті адвокатом заходи, керівник юридичної особи (або вищий орган) підтримують зазначені дії (бездіяльність), шкідливі для інтересів юридичної особи, адвокат може розірвати угоду на надання правової допомоги клієнту — юридичній особі в односторонньому порядку.

На відносини щодо надання правової допомоги клієнту — юридичній особі в повному обсязі поширюються норми Правил адвокатської етики, що регламентують поведінку адвоката в ситуаціях існування або виникнення конфлікту (суперечності) інтересів.

Якщо у спілкуванні з посадовими особами, службовцями та іншими працівниками клієнта — юридичної особи, пов'язаному з наданням правової допомоги цьому клієнту, стає очевидним, що виникає ситуація конфлікту інтересів адвокат повинен недвозначно повідомити, що він представляє клієнта — юридичну особу і пояснити свої обов'язки, пов'язані з конфліктом інтересів.

У період дії угоди про надання правової допомоги клієнту — юридичній особі адвокат не повинен укладати угод про надання правової допомоги з особами, які перебувають в трудових, цивільно-правових та інших правовідносинах з клієнтом, якщо це може суперечити інтересам клієнта — юридичної особи.

У ситуаціях, описаних у ч. 1 ст. 23 та ч. 1 ст. 25 Правил адвокатської етики, адвокат може прийняти доручення від посадової особи, службовця, іншого працівника юридичної особи, який опинився у відносинах конфлікту інтересів з останньою (або виконання доручення якого може потягти розголошення відомостей щодо юридичної особи), якщо стосовно до правил зазначених норм від імені юридичної особи дається згода належно уповноваженою особою, що не є тією особою, на користь якої така згода запитується.

2.15. Етичні аспекти здійснення захисту за призначенням. Випадки, коли адвокат може відмовитися від виконання захисту за дорученням згідно з Правилами адвокатської етики.

Стаття 50 Правил закріплює етичні аспекти здійснення захисту за призначенням.

Здійснення захисту за призначенням органів попереднього слідства та суду у випадках, передбачених чинним кримінально-процесуальним законодавством, є важливим професійним обов'язком адвоката. Необґрунтована відмова від прийняття на себе захисту за цих умов є неприпустимою.

Відмову слід вважати обґрунтованою тільки у випадках:

1) коли адвокат через тимчасову непрацездатність не може повноцінно виконувати свої професійні обов'язки;

2) коли з об'єктивних причин у адвоката відсутня належна кваліфікація для надання правової допомоги у конкретній справі, що є особливо складною;

3) коли при прийнятті адвокатом на себе надання правової допомоги певній особі через конкретні причини неможливо забезпечити дотримання вимог Правил адвокатської етики, які регламентують ситуацію суперечності інтересів, або правил, що забезпечують гарантії збереження конфіденційної інформації;

4) коли прийняття захисту за призначенням через конкретні об'єктивні причини може потягнути суттєве порушення прав і законних інтересів інших клієнтів адвоката, з котрими адвокат пов'язаний раніше укладеними угодами про надання правової допомоги;

5) коли частина роботи, що виконується за призначенням, у загальному обсязі роботи адвоката стає вочевидь надмірною і ставить його в тяжке матеріальне становище.

У випадках здійснення захисту за призначенням у порядку, передбаченому Кримінально-процесуальним кодексом України, з оплатою відповідно до чинного законодавства на будь-якій стадії здійснення правової допомоги допускається укладення угоди з клієнтом про надання йому правової допомоги, яке передбачає внесення гонорару клієнтом.

Адвокат не має права в цих випадках схиляти клієнта до укладення угоди шляхом обману, погроз та інших засобів, які суперечать чинному законодавству і Правилам адвокатської етики.

Адвокат, який виконував на попередньому слідстві захист клієнта на підставі укладеної угоди або за призначенням, не може відмовитися від прийняття доручення на захист цього клієнта в суді першої інстанції.

2.16. Етичні аспекти надання адвокатом правової допомоги малозабезпеченим громадянам згідно з Правилами адвокатської етики.

Етичні аспекти надання адвокатом правової допомоги малозабезпеченим громадянам закріплені у ст. 51 Правил адвокатської етики.

У своїй професійній діяльності адвокат повинен завжди враховувати, що професія адвоката є не тільки джерелом заробітку для нього, а й має важливе соціальне значення, є однією з головних гарантій належного рівня захисту прав та свобод громадян і вимагає від своїх представників відданості цьому призначенню професії, благородства та людяності. Тому адвокат повинен надавати правову

допомогу у випадках, передбачених законом, на частково сплатних засадах, або безкоштовно.

Необґрунтована відмова або ухилення адвоката від надання правової допомоги безоплатно у випадках, прямо передбачених законом, є неприпустимою. Обґрунтованою таку відмову слід вважати лише у таких випадках:

1) коли адвокат через тимчасову непрацездатність не може повноцінно виконувати свої професійні обов'язки;

2) коли з об'єктивних причин у адвоката відсутня належна кваліфікація для надання правової допомоги у конкретній справі, що є особливо складною;

3) коли при прийнятті адвокатом на себе надання правової допомоги певній особі через конкретні причини неможливо забезпечити дотримання вимог Правил адвокатської етики, які регламентують ситуацію суперечності інтересів, або правил, що забезпечують гарантії збереження конфіденційної інформації;

4) коли прийняття захисту за призначенням через конкретні об'єктивні причини може потягнути суттєве порушення прав і законних інтересів інших клієнтів адвоката, з котрими адвокат пов'язаний раніше укладеними угодами про надання правової допомоги;

5) коли частина роботи, що виконується за призначенням, у загальному обсязі роботи адвоката стає вочевидь надмірною і ставить його в тяжке матеріальне становище.

Адвокат повинен також намагатися знайти можливість надання правової допомоги незаможнім громадянам на частково сплатних засадах або безкоштовно і в інших випадках, прямо не передбачених законом, виходячи з розумного співвідношення цієї роботи з повністю оплачуваною.

При зверненні до адвоката особи, яка завідомо має згідно з законом право на надання правової допомоги безкоштовно, адвокат повинен пояснити їй це право. Адвокату забороняється в цих випадках шляхом повідомлення неправдивої інформації про права такої особи або свідомого їх замовчування добиватися винагороди за надану правову допомогу.

Разом з тим, якщо клієнт, будучи повідомленим про свої права, все ж таки бажає внести гонорар, або якщо за нього це хоче зробити інша особа, адвокат має право прийняти оплату, якщо при цьому не порушуються інші Правила адвокатської етики.

Якщо в рекламних матеріалах про діяльність адвоката (адвокатського об'єднання) зазначається, що правова допомога певних видів або допомога певним категоріям громадян буде надаватися безкоштовно, адвокат зобов'язаний виконувати умови рекламних матеріалів і не може відмовитися від надання безкоштовної правової допомоги у випадках, прямо передбачених рекламними матеріалами. Рівною мірою адвокат (адвокатське об'єднання) має дотримуватися вміщених у рекламних матеріалах вказівок про знижений рівень оплати правової допомоги.

2.17. Відносини адвоката з судом. Дотримання адвокатом принципів незалежності та конфіденційності у цих відносинах згідно з Правилами адвокатської етики.

Представляючи інтереси клієнта або виконуючи функцію захисника в суді, адвокат зобов'язаний дотримуватися вимог чинного процесуального законодавства, законодавства про адвокатуру та про статус суддів, іншого законодавства, що регла-

ментує поведінку учасників судового процесу, а також вимог Правил адвокатської етики, не виявляти неповаги до суду (суддів), поводитися гідно і коректно.

Адвокат не повинен пред'являти позовних вимог, клопотань та інших процесуальних документів, що свідомо для нього не ґрунтуються на чинному законодавстві, крім випадків, коли нормативний акт, що регулює спірні відносини, сам видається незаконним або неконституційним і підлягає оскарженню у передбаченому законом порядку.

У ході судового розгляду справи адвокат не повинен:

1) намагатися вплинути на рішення (вирок) суду позапроцесуальними засобами;

2) робити свідомо неправдиві заяви стосовно фактичних обставин справи або давати їм свідомо неправильну правову оцінку;

3) подавати суду завідомо неправдиві докази або свідомо брати участь в їх формуванні;

4) посилатися в суді на завідомо неправдиві або завідомо викривлені фактичні обставини, або обставини, що завідомо не стосуються предмета спору; або на подані клієнтом докази, стосовно яких йому відомо, що вони є неправдивими, або докази, отримані з порушенням ст. 29 Правил адвокатської етики; а також на особисту обізнаність з обставинами справи, свою суб'єктивну, не обґрунтовану поданими доказами думку щодо правдивості, порядності та інших особистих якостей учасників процесу, свідків, експертів; а у виступі в судових дебатах — крім того, на обставини, які не були предметом дослідження під час судового розгляду (щодо яких адвокатом не заявлялися клопотання, спрямовані на доказування таких обставин) за винятком загальновідомих фактів;

5) порушувати порядок у судовому засіданні, припускатися сперечань з судом та висловлювань, що принижують честь і гідність суду або інших учасників процесу.

Схиляння адвокатом підзахисного, сторін у процесі та свідків до давання завідомо неправдивих пояснень та свідчень або експертів до надання завідомо неправдивих висновків — категорично забороняється.

Дотримуючись принципу законності, адвокат водночас має бути наполегливим і принциповим у відстоюванні інтересів клієнта в суді, не поступатися своєю незалежністю у захисті й представництві прав та інтересів клієнта з метою не погіршити стосунків з суддями; у випадку вчинення судом тиску на адвоката — не йти на компроміси, які суперечать охоронюваним законом інтересам клієнта; послідовно дотримуватися принципу домінантності інтересів клієнта перед всіма іншими інтересами й міркуваннями, що пов'язані з відносинами адвоката з судом.

Адвокат не повинен полишати без уваги порушення закону, нетактовне і зневажливе ставлення суду та інших учасників процесу до його клієнта, його самого або адвокатури в цілому і повинен реагувати на відповідні дії у формах, передбачених чинним законодавством. Не повинен приймати доручення на ведення в суді справи клієнта, направленого до нього суддею, який братиме участь в судовому розгляді цієї справи.

Адвокат повинен виявляти активність у збиранні та наданні доказів у справі, що розглядається судом; прагнути формулювати процесуальні документи, усні заяви, клопотання, виступи таким чином, щоб унеможливити їх неправильне тлумачення.

Адвокат має право всупереч вимогам клієнта відмовитися посилатися на фактичні обставини справи і подавати докази, стосовно яких у нього є обґрунтовані сумніви щодо їх правдивості.

Адвокат не має права при здійсненні професійної діяльності в суді будь-яким чином, безпосередньо або опосередковано порушувати конфіденційність інфор-

мації, яка належить до предмета адвокатської таємниці, або є конфіденційною згідно з цими Правилами.

Адвокат не повинен повідомляти учасникам процесу або свідкам свідомо неправдиву інформацію стосовно фактичних обставин справи, їх правової оцінки, суті закону, обсягу прав та обов'язків сторін, або іншим чином намагатися схилити їх до зміни їх позиції, свідчень, здійснення інших дій, в яких зацікавлений його клієнт.

Адвокат повинен уникати позапроцесуального спілкування по суті справи, що є предметом судового розгляду, з учасниками процесу, які не є його клієнтами, і має здійснювати таке лише у формах та з метою, що не суперечить чинному законодавству та Правилам адвокатської етики і лише у випадках, коли це є необхідним для належного виконання доручення.

Адвокат повинен уникати спілкування з суддею в будь-яких формах, окрім передбачених законодавством, по суті справи, що розглядається судом, і не повинен спонукати до цього клієнта.

Адвокат не повинен вчиняти дій, спрямованих на невиправдане затягування судового розгляду справи.

У відносинах з іншими учасниками процесу адвокат повинен:

1) бути стриманим і коректним;

2) реагувати на неправильні дії або вислови цих осіб у формах, передбачених законом, зокрема у формі заяв, клопотань, скарг тощо;

3) при допиті підсудних, потерпілих, сторін у цивільному процесі, свідків та інших осіб бути тактовним, не ставити запитань у підвищеному тоні, брутальній, знущальній формі, або формі, що принижує їх честь та гідність.

2.18. Відносини адвоката з іншими учасниками судового процесу. Обов'язки адвоката при виконанні доручень на стадії дізнання, досудового слідства і адміністративної юрисдикції згідно з Правилами адвокатської етики.

У відносинах з органами дізнання, попереднього слідства, адміністративної юрисдикції адвокат має дотримуватися принципів і підходів, закріплених розділом IV Правил адвокатської етики, з урахуванням специфіки статусу цих органів і процесуальних форм взаємодії адвоката з ними, передбачених чинним законодавством.

Адвокат повинен зберігати таємницю слідства в межах, визначених чинним кримінально-процесуальним законодавством не повинен умисно перешкоджати законному здійсненню процесу дізнання, попереднього слідства, адміністративного провадження і давати клієнту поради, свідомо спрямовані на вчинення таких перешкод.

Адвокат не повинен приймати доручення на ведення на стадії дізнання та попереднього слідства справи клієнта, направленого йому особами, що здійснюють дізнання або слідство по цій справі.

2.19. Відносини адвоката при здійсненні професійної діяльності з іншими державними органами та особами згідно з Правилами адвокатської етики.

У відносинах з іншими державними органами з приводу виконання доручення клієнта адвокат має дотримуватися вимог Правил адвокатської етики у частині, застосовній до цих відносин, і не повинен:

1) розголошувати пов'язану з їхньою діяльністю інформацію, що стала йому відомою у зв'язку з виконанням доручення, таємниця якої охороняється чинним законодавством;

2) робити завідомо неправдиві заяви стосовно суті доручення, фактичних обставин, що мають до нього відношення, їх правової оцінки, прав і обов'язків адвоката, клієнта, а також обсягу своїх повноважень по представництву останнього перед цим органом;

3) здійснювати протизаконний тиск на посадових осіб та службовців цих органів, використовуючи особисті зв'язки, погрози, обіцянки тощо.

У відносинах як з органами дізнання, попереднього слідства, адміністративної юрисдикції, так і з іншими державними органами адвокат повинен виявляти принциповість у відстоюванні інтересів клієнта, не допускаючи підлесливості, та за згодою клієнта оскаржувати незаконні дії посадових осіб або органів, які перешкоджають виконанню доручення, в порядку, передбаченому чинним законодавством.

У відносинах з будь-якими особами, з якими адвокат взаємодіє у процесі виконання доручення клієнта, адвокат має дотримуватись вимог Правил адвокатської етики у частині, застосовній до цих відносин, і не повинен:

1) робити завідомо неправдиві заяви стосовно фактичних обставин, що мають відношення до суті доручення, їх правової оцінки, прав і обов'язків адвоката, клієнта та інших осіб;

2) використовувати засоби і методи, що свідомо порушують законні права та інтереси інших осіб.

2.20. Відносини між адвокатами та окремі етичні аспекти цих відносин. Форми реагування адвоката на незаконні або неетичні дії іншого адвоката. Майнові аспекти відносин між адвокатами згідно з Правилами адвокатської етики.

Відносини між адвокатами повинні будуватися на засадах колегіальності, взаємної поваги представників адвокатської професії, дотримання професійних прав адвокатів, слідування всім основним принципам адвокатської етики, передбаченим Правилами адвокатської етики.

Адвокат не повинен допускати щодо іншого адвоката:

1) висловлювань, що принижують його честь та гідність, завдають шкоди його діловій репутації, нетактовних та принизливих висловів;

2) поширення свідомо неправдивих відомостей про нього;

3) спроб схилити клієнта іншого адвоката до розірвання з ним угоди про надання правової допомоги;

4) спілкування з клієнтом іншого адвоката без згоди останнього з приводу виконуваного ним доручення;

5) намагань схилити до укладення угоди про надання правової допомоги особу, що прийшла в адвокатське об'єднання до іншого адвоката;

6) навмисного введення іншого адвоката в оману стосовно справи, в судовому розгляді якої вони обидва беруть участь, щодо місця і часу проведення судових засідань, результатів розгляду справи судами різних інстанцій, наявності доказів (і намірів їх представити), які в дійсності не існують, намірів свого клієнта, які стосуються предмета спору і ведення справи, умов мирової угоди, що пропонується.

Допустимими формами реагування адвоката на незаконну або неетичну поведінку іншого адвоката, якою заподіяна або може бути заподіяна шкода інтересам адвоката, його клієнта, адвокатського об'єднання, виборних органів адвокатури або адвокатури як такої, слід вважати звернення (заяви, скарги) в органи адвокатури, наділені дисциплінарними повноваженнями стосовно адвокатів, а також використання інших форм захисту прав та законних інтересів особи, передбачених чинним законодавством України.

Адвокат повинен уникати розголосу в засобах масової інформації (або поширення іншим способом) відомостей, що ганьблять іншого адвоката, якщо цього не вимагають його власні законні інтереси, інтереси його клієнта або адвокатури України. Адвокат не повинен обговорювати з клієнтами обставини, що стосуються особистого життя іншого адвоката, його матеріального стану, походження, національної належності та інші обставини, що стосуються адвоката, які не мають відношення до суті доручення.

Адвокат не має права вимагати винагороду від іншого адвоката за направлення йому клієнта.

2.21. Дотримання норм адвокатської етики в громадській, науковій та публіцистичній діяльності адвоката згідно з Правилами адвокатської етики.

У своїй громадській, науковій та публіцистичній діяльності адвокат повинен враховувати необхідність дотримання своїх професійних обов'язків, зокрема тих, що випливають з Правил адвокатської етики.

У випадку виникнення суперечності між професійними обов'язками адвоката, передбаченими чинним законодавством, Правилами адвокатської етики, і обов'язками перед конкретними клієнтами, що випливають з угод про надання правової допомоги, — з одного боку, та інтересами адвоката, що обумовлені його членством в певній громадській організації, партії, науковому товаристві тощо — з другого, адвокат не має права порушувати свої професійні обов'язки.

Адвокат не може використовувати в своїй громадській, науковій або публіцистичній діяльності інформацію, конфіденційність якої охороняється Правилами адвокатської етики, без згоди на це осіб, зацікавлених у нерозголошенні такої інформації.

У своїх публіцистичних матеріалах адвокат не повинен поширювати відомостей, що не відповідають дійсності або викладені неправдиво, які принижують честь, гідність чи ділову репутацію інших адвокатів або престиж адвокатури як такої, а обґрунтовану критику зазначених осіб або адвокатури в цілому має викладати в коректній формі.

2.22. Відповідальність за порушення Правил адвокатської етики згідно з Правилами адвокатської етики.

За порушення Правил адвокатської етики до адвоката можуть бути застосовані заходи дисциплінарної відповідальності в порядку, передбаченому чинним законодавством про адвокатуру.

Адвокат може бути притягнутий до дисциплінарної відповідальності за порушення Правил адвокатської етики його помічником, якщо адвокат:

1) не забезпечив ознайомлення останнього з Правилами адвокатської етики;

2) не здійснював належного контролю за діями помічника, залученого ним до виконання окремих робіт за дорученням, передбаченим угодою між адвокатом і клієнтом про надання правової допомоги;

3) своїми розпорядженнями і порадами або особистим прикладом сприяв порушенню помічником Правил адвокатської етики.

Адвокат, який є керівником адвокатського об'єднання (адвокати — члени колегіального керівного органу адвокатського об'єднання), може бути притягнутий до дисциплінарної відповідальності за невиконання вимог ст. 74 Правил, а також за прийняття ним (ними) рішень, які тягнуть порушення Правил адвокатської етики.

При застосуванні дисциплінарних стягнень за порушення Правил адвокатської етики дисциплінарні органи адвокатури мають виходити із загальних засад юридичної відповідальності, зокрема повинні застосовувати заходи дисциплінарної відповідальності лише за винні порушення.

Щодо відносин дисциплінарної відповідальності адвокатів діє презумпція невинуватості.

У випадках, коли в конкретній ситуації адвокату важко визначити варіант поведінки, який у певних обставинах відповідав би нормам Правил адвокатської етики, він може звернутися за роз'ясненням до відповідного регіонального дисциплінарного органу адвокатури.

Дії адвоката, що відповідають роз'ясненню регіонального дисциплінарного органу адвокатури, не можуть бути поставлені йому за провину і тягти накладення дисциплінарною стягнення.

Якщо адвокат виступає в ролі посередника між клієнтами, він повинен з кожним із них узгоджувати рішення, що приймаються, і забезпечувати належну інформованість кожного з них про всі обставини і міркування, що є необхідними для прийняття виважених рішень по суті доручення.

Адвокат повинен припинити свої дії як посередника і розірвати відповідні угоди з кожним із клієнтів, якщо цього вимагає хоча б один з клієнтів, яких він одночасно представляє, або якщо виникають обставини, за яких дотримання умов, передбачених ч. 1 ст. 24 Правил адвокатської етики, стає неможливим.

Якщо дії адвоката як посередника між клієнтами не досягли бажаного клієнтами результату, він не може надалі представляти інтереси жодного з клієнтів з питань, пов'язаних із предметом посередництва.

3. Захист прав людини

3.1. Захист прав людини та приведення української системи цього захисту за формою і змістом до європейського рівня.

Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, утвердження і забезпечення прав і свобод людини, є її головним обов'язком (ч. 2 ст. 3 Конституції України). Тому їх поняття, визначені Європейським судом з прав людини, мають методологічне значення, виступають інструментом національного судового тлумачення норм права. Другий розділ Конституції України, що нараховує майже третину з загальної кількості конституційних норм, містить велику кількість прямих запозичень з двох загальновідомих міжнародних пактів ООН про права людини 1966 р.

Забезпечення прав людини є суттєвим напрямом державної політики, що реалізується через національні механізми захисту прав людини. Основні вимоги до національних механізмів:

1) мають бути підпорядковані посадовій особі максимально високого рівня;

2) здійснюють децентралізоване планування, виконання та контроль з метою залучення представників громадянського суспільства;

3) мають бути забезпеченими необхідними людськими, фінансовими та матеріально-технічними ресурсами.

Центральна структура національного механізму може існувати:

1) на парламентському рівні;

2) на рівні органів центральної виконавчої влади;

3) бути незалежною структурою.

Структурні складові національного механізму залежать від завдань, для вирішення яких він безпосередньо створюється. Механізм — це не тільки самостійне існування інституалізованих структур, а й напрями взаємодії між ними, їх співпраця, що не обмежується відносинами підпорядкування.

Складовими національного механізму забезпечення прав людини в Україні є:

—Комітет Верховної Ради України з прав людини, національних меншин та міжнаціональних відносин;

—інші комітети Верховної Ради України в частині діяльності по забезпеченню та захисту прав людини;

—Уповноважений Верховної Ради України з прав людини;

—Генеральна прокуратура України;
—інститут адвокатури (інститут надання правової допомоги);
—МВС України (в частині формування та розвитку внутрішньовідомчого контролю за дотриманням прав людини);
—Міністерство юстиції України (зокрема, Національне бюро по дотриманню Європейської конвенції з основних прав та свобод людини);
—інші центральні органи виконавчої влади (в частині забезпечення та захисту прав людини);
—правозахисні організації (національні та міжнародні);
—науково-дослідні установи;
—засоби масової інформації.

З надбанням незалежності Україна вступила в Раду Європи, метою якої є досягнення більшої єдності між її членами (учасниками), а одним із засобів досягнення цієї мети — захист і розвиток прав людини і основних свобод (п. a і b ст. 1 Статуту Ради Європи). Законом України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17 липня 1997 р. Верховна Рада України надала згоду на обов'язковість для України цих чинних міжнародних договорів і вони, згідно з ч. 2 ст. 8 Конституції України, є частиною національного законодавства України.

Конвенція і протоколи до неї закріплюють основні права і свободи людини, встановлюють міжнародні норми, яких повинні дотримуватися держави у своїх відносинах з людьми, обов'язки держав ефективно забезпечувати всім, хто підпадає під їх юрисдикцію, користування основними правами і свободами.

Перешкодою на шляху приведення української системи захисту до європейського рівня є сприйняття юридичної природи основних прав людини виключно з позитивістських позицій, залишене у спадщину з радянських часів. Традиційно українські науковці-позитивісти не визнають *de facto* прямої дії конституційних норм про права і свободи людини та громадянина у так званих важких справах, коли ці норми не можуть застосовуватися судами безпосередньо, а потребують конкретизації шляхом прийняття законів, які визначатимуть зміст цих прав та встановлюватимуть обмеження на їх реалізацію. Так, ці науковці переконані, що з прийняттям Закону «Про свободу слова» мають бути конкретизовані положення ч. 1 ст. 34 Конституції України, де закріплено право на свободу слова. Без «конкретизуючого закону» це право є суто декларативним, оскільки воно не може бути захищене безпосередньо в суді.

Слід додати, що у розвинутих демократіях до категорії важких належать справи, в яких розглядаються випадки конфлікту основних прав між собою, нечіткості правових текстів або коли окремі положення нормативно-правового акта неможливо застосувати без порушення панівної у суспільстві концепції справедливості. Тому традиційне позитивістське бачення правосуддя як застосування факту до формалізованої норми, прийнятої авторитетним суб'єктом політичної влади, зазнає суттєвого коригування, коли йдеться про визнання судового прецеденту як джерела права.

На думку прихильників позитивістської теорії, фізичні особи не можуть бути активними суб'єктами застосування конституційних норм, проте саме їм адресуються державно-владні веління, що формулюються у відповідному процесі. Іншими словами, у відносинах між державою та людиною остання займає підпорядковане, «пасивне» становище і не може захистити в суді свої конституційні права лише на підставі Конституції України. Логічним наслідком такого підходу

до визначення юридичної природи та змісту конституційних прав є їх практична вилученість із судового процесу саме тому, що вони не мають самостійного юридичного значення, оскільки вони лише «припасовуються» до відповідного конкретизуючого закону. Крім того, позитивістська теорія не визнає основних прав людини як засобу обмеження державної влади та державного суверенітету, і насамперед суверенітету парламенту.

Як зазначено у постанові Судової палати Веймарської Республіки (аналог сучасного Конституційного Суду), «законодавцеві належатиме вся повнота влади, він не зв'язаний ніякими обмеженнями, крім тих, які сам накладає на себе конституцією та іншими законами». Причому в Європі до 1950 р. під конституцією розумівся тільки текст — сукупність конституційних норм та норм «конституційного законодавства». Визнання і практичне значення природного права, природних прав та неписаних правових принципів (маються на увазі специфічні правоположення, що не містяться у нормативних текстах, а формулюються судами у процесі тлумачення) як допозитивного та надпозитивного права повністю заперечувалося на офіційному рівні. Аналогічні тенденції ще й досі мають місце на теренах колишнього СРСР.

Підписання Конвенції 4 листопада 1950 р. викликало негативну загальноєвропейську реакцію на правовий позитивізм. Така реакція була зумовлена не лише необхідністю пристосувати право до нових умов, модернізувати його відповідно до природно-правових ідей, що містять високий гуманістичний потенціал (розумність, справедливість, рівність, високі моральні стандарти, а й політико-правовою рефлексією на тотальне нехтування правами людини з боку фашистських режимів, що постали на підвалинах необмеженої та брутальної державної влади. Це дало можливість німецьким теоретикам права прямо пов'язати безсилля громадянського суспільства перед тоталітарною державною владою з теорією юридичного позитивізму. За словами відомого німецького науковця Г. Радбруха, «юридичний позитивізм відповідає за збочення права при націонал-соціалізмі, оскільки він своїм ствердженням «закон є закон» обеззброїв німецьких юристів перед його свавільним та злочинним змістом. Трактування юридичними позитивістами влади як засадничого критерію чинності права означало готовність юристів до сліпої покори всім законодавчо оформленим приписам влади».

Головна мета прийняття Конвенції — забезпечити верховенство людини над державою, пріоритетність її прав перед будь-яким правовим актом держави, запобігти поверненню фашизму та перешкодити наступові комунізму.

Починаючи з 1950 р., людина, за влучним висловом відомого юриста-міжнародника Г. Лаутерпахта, перетворилася з об'єкта міжнародного співчуття на суб'єкт міжнародного права. Тому з моменту ратифікації Конвенції в Україні питання забезпечення верховенства людини над державою, перетворення її на суб'єкт не тільки конституційного, а й міжнародного права, набуває практичного характеру.

Конвенція підтвердила наявність загальноєвропейської тенденції побудови конституційної демократії, яка з 1953 р. є додатковим інструментом для захисту основних прав не тільки від свавілля держави в цілому, а й для усунення обмежень свободи, які встановлені не свавільно, а в інтересах суспільства, згідно з легітимною метою, але з диспропорційним або нечесним тягарем, що покладається на окремих осіб.

Необхідність забезпечення прямої дії норм Конвенції, в якій закріплено права людини та основні свободи, практично полягає не тільки у визнанні їх природно-правового характеру, тобто такими, які не надаються державою, а є «невідчужуваними» та «непорушними». Йдеться про встановлення нових стандартів правосуд-

дя при тлумаченні тих норм Конвенції, яга з огляду на специфіку юридичної природи прав людини не можуть бути сформульовані абсолютно чітко, не потребують додаткового та конкретизуючого тлумачення, оскільки існують у вигляді «відкритого тексту» з метою вирішення майбутніх проблем.

Цій меті максимально прислужилося створене Європейським судом з прав людини прецедентне право, яке надає правам людини необхідної конкретизації, визначає їхню юридичну природу, універсалізує їх розуміння і надає чіткості та ясності розуміння тексту Конвенції.

Це стало можливим завдяки широкому застосуванню практичних підходів щодо прийняття судових рішень, запозиченому в країн загального права *(common law).* Саме це забезпечило безпосередню дію норм Конвенції шляхом суддівського формулювання певних юридичних конструкцій — силогізмів, відповідно до яких вирішуються справи і які наповнюють права людини новим морально-етичним та гуманітарним змістом. Адже узагальнення практичного досвіду — це й використання судових рішень у справах щодо захисту прав людини, загальноправових принципів, міжнародних звичаїв, а також наукової доктрини. Як зазначено, наприклад, у п. d ч. 1 ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН, Суд повинен застосовувати судові рішення та роботи найкваліфікованіших науковців різних націй як додатковий засіб визначення принципу, згідно з яким має бути вирішена справа *(rules of law).*

Приведення національних механізмів захисту прав людини за формою і змістом до європейського рівня проходить, у тому числі, через подолання термінологічних розбіжностей між національним законодавством і міжнародними договорами з прав людини.

Так, національні суди мають звертатися до значення конвенційних слів і термінів необхідно встановлювати в значенні, визначеному цими нормами та тлумаченнями, наданими Судом. Суди України також використовують у своїй правоінтерпретаційній діяльності щодо прав і свобод людини та їх гарантій принципи, методи, правила тлумачення конвенційних норм, які вироблені Європейським судом з прав людини.

Україна, ратифікувавши Конвенцію, започаткувала процес зміни панівної позитивістської парадигми права, що спричинило виникнення у правовій теорії та правозастосуванні необхідного для подальшого розвитку плюралізму. Ні в кого не викликає сумнівів юридична своєрідність Конвенції, оскільки країни, які її підписали, не розглядають її виключно як текст, що містить норми про права людини. Така дещо спрощена думка набула поширення тільки у країнах колишнього радянського табору, де протягом радянської історії насаджувався «позитивістсько-командний» погляд на право, зокрема і на права людини.

Конвенція, на відміну від інших міжнародних договорів, є комплексним та складним правовим механізмом захисту прав людини, який включає власне конвенційні норми, а також рішення Європейської комісії з прав людини та Комітету міністрів Ради Європи, судову практику Європейського суду з прав людини, прецедентне право, загальновизнані принципи та норми міжнародного права, специфічні методи тлумачення Конвенції, наукову доктрину з питань її застосування тощо. Усе це визнала Україна 17 липня 1997 р., прийнявши Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини 1950 р., Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» за № 475/97-ВР. У пункті 1 цього Закону зазначено, що Україна повністю визнає на своїй території дію ст. 46 Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини 1950 р. щодо визнання обов'язковою і без укладення спеціальної угоди юри-

сдикцію Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції.

Як додаткову аргументацію на користь такого положення можна навести ч. 4 ст. 55 Конституції України: «Кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна»; ст. 26 Віденської конвенції «Про право міжнародних договорів» від 23 травня 1969 р. (ратифікована Україною 14 травня 1986 р. у складі СРСР): «Кожен чинний договір є обов'язковим для його учасників і повинен добросовісно виконуватись» *(pacta sunt servanda);* ст. 27: «Учасник не може посилатись на положення свого внутрішнього права як на виправдання для невиконання ним договору»; а також підпункти (а) та (Ь) п. 3 ст. 31 Конвенції, в яких спеціально наголошується на тому, що разом із текстом міжнародного договору враховується практика його застосування та тлумачення, якщо на це є згода сторін договору. 17 липня 1997 р. Верховна Рада України, ратифікувавши Конвенцію, дала таку згоду.

Прецедентне право Європейського суду з прав людини є допоміжним засобом при тлумаченні й визначенні змісту та обсягу основних прав людини й принципів Основного Закону. Цікаво зазначити, що у Великій Британії — країні, яка була одним із ініціаторів прийняття Конвенції, прецедентне право Європейського суду з прав людини досить довго при винесенні судових рішень не визнавалося як авторитетне джерело з огляду на принцип парламентського суверенітету та традиційний консерватизм суддівського корпусу. Це призвело до того, що у 1994 р. Велика Британія стала лідером за кількістю програних справ у Європейському суді з прав людини (понад 50) серед держав, які підписали Конвенцію. Таким чином, необхідність зменшення кількості випадків порушення основних прав законом, захисту від дій державної бюрократії тощо зумовили прийняття Закону України «Про права людини», затвердженого королевою Єлизаветою II у листопаді 1998 р.

Мета цього Закону — «надання людям юридичної можливості захищати їхні конвенційні права від держави у британських судах, замість довгого очікування і значних судових витрат під час підготовки та розгляду справи в Європейському суді з прав людини». Закон інкорпорує всі конвенційні права, включаючи ті, які містяться в протоколах до Конвенції, та надає право судам Великої Британії на їх безпосереднє застосування. Він вимагає від суддів брати до уваги права людини при розгляді справ і тлумачити чинні закони з урахуванням цих прав, а також брати до уваги рішення та прецедентне право Європейського суду з прав людини, висновки і рішення Комісії, рішення Комітету міністрів Ради Європи з цих питань.

Оскільки Конвенція як комплексний механізм має пряму дію у межах юрисдикції української судової системи, принципи тлумачення Конвенції, що застосовуються Європейським судом з прав людини, мають особливе значення та цінність для українських суддів.

При застосуванні та тлумаченні конвенційних норм українські судді перш за все мають враховувати загальні принципи тлумачення міжнародних договорів. Вони містяться у статтях 31—34 Віденської конвенції «Про право міжнародних договорів», яка інкорпорує загальноприйняті принципи міжнародного права. Конвенція має добросовісно тлумачитися відповідно до загального значення, що його слід надавати термінам цього міжнародного договору в їхньому контексті, а також відповідно до об'єкта і цілей Конвенції. Потрібно брати до уваги й

відповідну судову практику та норми міжнародного права, які застосовуються у відносинах між державами, які ратифікували Конвенцію. Термінам, що містяться у Конвенції, можна надавати спеціального значення в тому разі, коли встановлено, що учасники мали такий намір.

Так, наприклад, Верховний суд Канади, при тлумаченні розділу першого Канадської хартії прав та свобод, яка проголошує, що права та свободи гарантуються і можуть бути обмежені тільки в розумних межах згідно з правом, що може бути наочно виправдано у «вільному та демократичному суспільстві», спеціально наголосив, що «цінності і принципи, притаманні вільному та демократичному суспільству, зокрема, передбачають гідність людини з моменту її народження, відданість соціальній справедливості та рівності, різноманітність широкого спектра світогляду і віросповідання, повага до культурної та групової самобутності, віру в соціальні й політичні інститути, через які особи та їхні об'єднання беруть участь у справах суспільства».

У рішенні у справі *Klass* v. *Germany* (1978) Суд зазначив, що одним із фундаментальних принципів демократичного суспільства є принцип верховенства права, закріплений у Преамбулі до Конвенції. За цим принципом, втручання державної адміністрації у сферу дії особистих прав має бути об'єктом ефективного контролю, що, як правило, здійснюється суддями, оскільки судовий контроль є найкращою гарантією незалежності, неупередженості та належної процедури.

Конвенція при її тлумаченні має сприйматися як єдине ціле, а не як сукупність окремих норм, для забезпечення «справедливого балансу між суспільним інтересом та вимогами захисту основних прав особи».

Юридичною основою для встановлення «справедливого балансу» є принцип пропорційності: обмеження на свободи, що гарантуються Конвенцією, мають бути «пропорційними законній меті, для якої застосовуються ці обмеження», а також «між засобами, що обираються, та законною метою, для якої встановлюються відповідні обмеження, має існувати розумне пропорційне співвідношення».

Власне, принцип пропорційності, який застосовується Судом при тлумаченні Конвенції, передбачає наявність цілої низки вимог до правових актів держави, що регулюють поведінку індивіда. Вони не можуть бути свавільними, нерозумними, несправедливими, необгрунтованими або зумовленими примхами законодавців. Обрані засоби мають органічно та раціонально співвідноситися з бажаним результатом, досягнення якого реалізується прийняттям державного рішення. Ці вимоги є гарантією від застосування проти особи свавільних і необгрунтованих дій державних органів, що чиняться на підставі антиправового акта.

У статтях 8—11 Конвенції закріплено обмеження на здійснення таких прав, як права на повагу до приватного і сімейного життя, житла і до таємниці листування, права на свободу думки, совісті і віросповідання, право на свободу вираження поглядів, право на свободу мирних зібрань та на свободу об'єднання з іншими. Обмежуючи ці права, держава зобов'язана довести, що будь-яке обмеження накладається згідно із законом та є необхідним у демократичному суспільстві для певних суспільних цілей (захист публічного порядку, здоров'я та моралі, а також інтересів інших осіб).

Коли розглядаються справи щодо захисту цих прав, які обмежені державою «згідно із законом», державі необхідно довести, що вона діяла на підставі національного закону, під яким розуміється як статутне (акт парламенту), так і загальне право. При цьому слід мати на увазі, що Конвенція «не просто відсилає до внутрішнього права, вона також покладається на якість цього права, вимагаючи його відповідності принципові верховенства права», і вимагає наявності «засобів

правового захисту у внутрішньому праві проти свавілля державних органів з метою захисту цих прав» там, де «закон надає виконавчій владі широкі дискреційні повноваження». У справі *Winterwerp v. the Netherlands* (1979) Суд вирішив, що слова «згідно із законом» відсилають до внутрішньодержавного права і означають необхідність дотримання існуючої в цьому праві процедури. Водночас, зауважує Суд, саме внутрішньодержавне право має відповідати Конвенції, зокрема викладеним у ній принципам або тим загальним принципам, що розуміються. У понятті «згідно із законом» мається на увазі справедлива та належна процедура, а саме — вимога, щоб будь-який захід, який позбавляє людину свободи, призначався та виконувався відповідним органом і не був свавільним. З метою запобігання свавільним законам, на думку Суду, необхідно дотримуватися двох основних вимог: 1) закон має бути загальнодоступним, щоб громадянин міг зрозуміти, за яких обставин застосовується саме цей закон; 2) норма не є нормою закону, доки вона не сформульована настільки чітко, щоб громадянин міг відповідно регулювати свою поведінку, а також, у разі надання йому кваліфікованої консультації, — розумно передбачити наслідки, до яких приведе його певна дія.

У справі *Kruslin* v. *France* (1990) Суд вирішив, що навіть у правовій системі континентального права прослуховування телефонних розмов може бути передбачене законом тільки тому, що чинна правова норма була розвинута судовими рішеннями, оскільки «прецедентне право відіграє важливу роль у континентальних країнах».

При тлумаченні слів «необхідні в демократичному суспільстві» потрібно враховувати відповідне тлумачення Суду, який вважає, що, коли втручання держави виправдане нагальною суспільною необхідністю і при цьому є пропорційним визначеній законній меті, пояснення, які надаються представниками держави для виправдання своїх дій, мають виправдовувати цю необхідність і бути суттєвими.

Отже, коли конвенційні права обмежуються відповідним законом, не можна беззастережно вважати, що Конвенція не порушується. Державі необхідно довести, що цей закон не є свавільним і що він відповідає принципові пропорційності та верховенства права. Причому обов'язково слід мати на увазі, що «обмеження, які дозволяються цією Конвенцією щодо зазначених прав і свобод, можуть застосовуватися тільки з тією метою, для якої вони передбачені» (ст. 18 Конвенції).

Одним із найважливіших принципів (методів) тлумачення Конвенції є принцип stare decisis, або судового прецеденту. Судове прецедентне право становить органічну частину правової системи країн загального права, а тенденція до поширення судового прецеденту спостерігається у країнах континентальної Європи протягом XX ст. Суд від самого початку став на позиції доктрини судового прецеденту, посилаючись на попередню прецедентну практику у своїх рішеннях, оскільки ця доктрина є надійним інструментом захисту прав людини безпосередньо на основі Конвенції. Судовий прецедент сприяє чіткості та універсалізації розуміння Конвенції, встановлює певні стандарти правосуддя, яких повинен дотримуватися Суд, конкретизує та розвиває конвенційні положення, дає змогу правильно зрозуміти їхню букву та дух, дисциплінує суддів, які ухвалюють рішення, обмежує суддівське свавілля. Власне, прецедентом вважається принцип *(ratio decidendi),* який сформулював суд і відповідно до якого вирішено справу. На відміну від континентальної правової системи, де основним джерелом права вважався закон, а судді вирішували справи, застосовуючи факти до норм, судді у країнах загального права застосовували факти до принципу, який вони формулювали при винесенні рішення. Структурно у цей принцип входять норми статутного права, попередні прецеденти, логічне розмірковування суддів, цитати з докт-

ринальних джерел тощо. Те, що надає цьому принципові обов'язкового характеру, є його застосування Судом при вирішенні інших справ; інакше він не є прецедентом. Не можна вважати, що судовий прецедент міститься в резолютивній частині рішення, оскільки він є одним із засобів мотивування ухваленого рішення, тобто він входить у мотивувальну частину.

Так, прецедентом у справі *Lingens* v. *Austria* (1986) є квінтесенція положень пунктів 39—47 рішення, зокрема стосовно розмежування понять публічної та приватної особи, тобто висновок Суду про те, що «межі допустимої критики є ширшими, коли вона стосується власне політика, а не приватної особи. На відміну від останньої, перший неминуче і свідомо відкривається для прискіпливого аналізу кожного свого слова і вчинку як з боку журналістів, так і громадського загалу і, як наслідок, повинен виявляти до цього більше терпимості. Безсумнівно, п. 2 ст. 10 дає можливість захищати репутацію інших осіб, тобто всіх людей, і цей захист поширюється і на політиків також, навіть коли вони не виступають як приватні особи; але у цьому разі вимоги такого захисту мають розглядатися у зв'язку з інтересами відкритого обговорення політичних питань».

Таким чином, Конвенція є важливим і надзвичайно впливовим чинником залучення у правову систему України європейських правових цінностей, які стосуються захисту прав людини і мають високий гуманітарний потенціал. Застосування Конвенції в Україні дає можливість змінити унітарні позитивістські погляди на право і ввести в теорію та практику необхідний плюралізм, включаючи рецепцію природного права; застосувати нові та «динамічні» принципи і методи тлумачення норм про права людини; змінити стиль написання судових рішень; розвинути конституційну юриспруденцію основних прав людини.

3.2. Правова система України та європейська правова традиція,

У науковій літературі виокремлюють такі основні характеристики європейської, як її ще називають — західної, традиції права:

1. Проводиться різке розмежування між правовими інститутами й установами (включаючи правові процеси: законодавство, правозастосування, у тому числі — здійснення правосуддя) та іншими типами установ. Хоча право залишається під сильним впливом релігії, політики, моралі, звичаю, але його можна відрізнити від них. Європейська традиція права виходить з того, що воно має власний характер, певну відносну самостійність.

2. Управління правовими установами надано спеціальному корпусу людей, які здійснюють дії, що мають юридичне значення на професійній основі за спеціальною юридичною освітою.

3. Названі характерні риси європейської традиції права розділяє й традиція римського права (яке й стало першоосновою для європейської традиції права), яка розвивалася у Римській республіці й Римській імперії з II ст. до н. є. до VIII ст. н. є. і пізніше.

4. В європейській традиції права закон сприймається як єдине ціле, єдина система, що розвивається у часі.

5. Співвіднесення між динамічністю і стабільністю права.

6. Визнання людини вищою соціальною цінністю, вироблення й застосування міжнародних стандартів прав людини.

Саме остання з названих рис набуває більш визначального значення, виступає інтегративною якістю, що об'єднує національні правові системи, які відповідають європейській правовій традиції.

Важливе значення для набуття українською національною правовою системою ознак європейської правової традиції має визначення місця європейських стандартів прав людини, закріплених у міжнародно-правових актах, у національній правовій системі.

У науці міжнародного права існує два підходи до питання про співвідношення норм міжнародних договорів і внутрішньодержавних актів: моністичний і дуалістичний. Принципова відмінність цих теорій полягає в такому. Прибічники моністичної теорії визнають єдність двох систем права, а дуалістичної — заперечують її і наполягають на існуванні двох самостійних правових систем.

Ці напрями фактично включають чотири концепції. Прибічники першого із зазначених напрямів розподіляються на дві групи: одні моністи виходять із примату міжнародного права над внутрішньодержавним, інші, навпаки, стверджують, що примат належить праву внутрішньодержавному. Дуалістичний же напрям полягає в затвердженні принципу рівності міжнародного договору і внутрішньодержавного закону. Проте серед представників дуалістичної теорії також немає єдності: одні з них дотримуються думки про те, що питання про пріоритет міжнародного або національного права не може виникнути, інші вважають, що у процесі вирішенні цього питання перевага має надаватися фактору часу — пізніший акт скасовує попередній.

Перший із зазначених напрямів дуалістичної теорії, що виник наприкінці XIX ст., виходить з відокремлення норм міжнародного і внутрішньодержавного права і затверджує їх не підпорядкованість один одному. Причини того, що міжнародне і внутрішньодержавне право існують як окремі самостійні системи права, представники дуалістичної теорії вбачають у такому:

1) різні об'єкти регулювання (міжнародне право регулює відносини виключно на міжнародному рівні; внутрішньодержавне — тільки на національному);

2) різний суб'єктний склад правовідносин (суб'єктами міжнародних пра вовідносин, згідно з дуалістичною концепцією, можуть бути тільки держави і міжнародні організації; внутрішньодержавних правовідносин — фізичні та юри дичні особи, органи державної влади і місцевого самоврядування);

3) відмінність джерел виникнення юридичних норм (міжнародне право вини кає як результат волевиявлення держав, узгодження їх інтересів; норми внут рішньодержавного права розглядаються представниками цієї концепції як за гальнообов'язкові установлені державою правила поведінки, гарантією реалізації яких є державний примус).

Таким чином, прибічники цього напряму дуалізму стверджують, що дві названі правові системи ніколи не можуть вступити у конфлікт між собою, оскільки обслуговують різні правопорядки.

Представники другого напряму дуалістичної теорії визнають можливість перетину двох систем права, а значить, — можливість виникнення колізій між їх нормами. Такі колізії, на їхню думку, повинні долатися за правилом вирішення темпоральних колізій — пізніший акт скасовує попередній.

На відміну від дуалістичної теорії, моністичні концепції обґрунтовували єдність двох цих правових систем, визнаючи пріоритет якої-небудь однієї з них над іншою. Згідно з поглядами моністів одного з напрямів, міжнародне право є ніби продовженням національних правових систем, їх сумою або «зовнішньодержавним правом», норми якого мають юридичну силу лише тоді і тією мірою, коли і якою мірою вони включені до внутрішньодержавного права. Представники іншої гілки моністичної теорії, навпаки, відстоюють позиції визнання міжнародного права як верховної правової системи, що визначає не лише сферу дії внутрішньодержавного права, а й зміст його нормативного масиву.

Міжнародне право не визначає статус міжнародних договорів у національних правових системах. Цей статус встановлюється внутрішнім законодавством кожної держави-учасниці договору. Відповідно, саме національна правова система визначає, чи зобов'язані національні суди та інші правозастосовники вдаватися до норм міжнародного договору при вирішенні конкретної справи. Національною правовою системою вирішується також питання, чи набувають громадян:.-; держави-учасниці договору прав, які можуть бути захищені в національних судах унаслідок ратифікації або приєднання до договору. Таким чином, питання про застосування Конвенції про ліквідацію усіх форм дискримінації щодо жінс-вирішується на рівні внутрішнього права тієї або іншої держави.

Висновок про те, якої із цих концепцій дотримується держава, слід зробит: проаналізувавши її законодавство. Багато держав вирішують це питання на конституційному рівні. Конституції цих країн містять положення, відповідно до якого міжнародні договори внаслідок ратифікації або приєднання стають частиною національного законодавства. Це процес так званої «автоматичної інкорпорації» Так, ч. 1 ст. 9 Конституції України передбачає, що «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких дана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства». Це положення дозволяє зробити висновок, шс Україна дотримується моністичної концепції, оскільки міжнародні договори, відповідно до зазначеного конституційного положення, є частиною національного законодавства.

Цей висновок підтверджується Рішенням Конституційного Суду України вс 9 липня 1998 р. № 12-рп/98 у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення ч. 3 ст. 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміна «законодавство»), згідно з якою під терміном «законодавство» необхідно розуміти прийняті в межах повноважень і відповідно до Конституції та законів України: закони України чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких дана Верховною Радою України; постанови Верховної Ради України; укази Президента України; декрети і постанови Кабінету Міністрів України.

Положення, згідно з яким міжнародні договори є частиною національного законодавства, закріплене Цивільним кодексом України (ч. 1 ст. 10), Сімейним кодексом України (ч. 1 ст. 13), іншими законодавчими актами України. Згідно зі ст. 3 КК України законодавство України про кримінальну відповідальність становить КК України, який ґрунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права. Закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

Органи державної влади України у своїй діяльності повинні керуватися нормами міжнародних договорів. Так, згідно зі ст. 4 Закону України «Про прокуратуру» від 5 листопада 1991 р. № 1789-ХП одним із завдань органів прокуратури є захист від протиправних посягань, гарантованих Конституцією, іншими законами України та міжнародними правовими актами соціально-економічних, політичних, особистих прав і свобод людини та громадянина. Однією з цілей парламентського контролю, який здійснює Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, є захист прав і свобод людини та громадянина, проголошених Конституцією України, законами України і міжнародними договорами України (ст. 3 Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» від 23 грудня 1997 р. № 776/97-ВР).

Відповідно до ст. 11 ЦПК України, суд ухвалює рішення у справах на підставі Конституції, інших актів законодавства України, міжнародних договорів України в порядку, передбаченому Кодексом. Аналогічне положення закріплене ч. 1 ст. 4 ГПК України. Важливою нормою є те, що Верховний Суд України переглядає в касаційному порядку постанови та ухвали Вищого господарського суду у випадках, коли вони оскаржені через мотиви їх невідповідності міжнародним договорам, згода на обов'язковість яких дана Верховною Радою України (ст. 111^{15} Господарського процесуального кодексу України). Вищий господарський суд України в Інформаційному листі від 18 листопада 2003 р. № 01-8/1427 «Про юрисдикцію Європейського суду з прав людини в Україні», посилаючись на ст. 9 Конституції України і ст. 17 Закону України «Про міжнародні договори України» від 22 грудня 1993 р. (їй відповідає ст. 19 чинного наданий момент Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р.), зазначив, що господарські суди у процесі здійснення правосуддя повинні керуватися нормами міжнародних договорів, ратифікованих у встановленому порядку.

На підставі викладеного вище слід зробити висновок про те, що в Україні діє принцип автоматичної інкорпорації міжнародних договорів, тобто для того, щоб міжнародний договір став частиною національного законодавства, достатньо, щоб він був ратифікований і опублікований у встановленому законом порядку.

Проте всі зазначені положення не дають можливості зробити висновок щодо співвідношення норм національного і міжнародного права в системі національного законодавства України. У країнах, в яких міжнародні договори стають частиною національного законодавства автоматично в результаті акта ратифікації (як це відбувається в Україні), є два варіанти вирішення цього питання. У багатьох конституціях світу безпосередньо закріплений пріоритет міжнародних договорів перед внутрішнім законодавством. У міжнародній практиці також є приклади конституційного закріплення положень, відповідно до яких міжнародні договори мають рівну юридичну силу із внутрішніми нормативно-правовими актами. У разі виникнення колізії між нормами внутрішнього законодавства і положеннями міжнародних договорів, правозастосовник використовує одне з двох правил: перше — спеціальна норма має пріоритет перед загальною нормою, друге — новий закон скасовує старий.

У країнах, у яких для того, щоб положення міжнародного договору отримали статус норм національного права, необхідне ухвалення відповідних законів, що повторюють ці положення (тобто в країнах, що визнають дуалістичну концепцію), норми міжнародного права мають той самий статус, що й норми внутрішнього права. Проте і ці правові системи виходять з того, що всі акти, які увалюються після набуття міжнародним договором чинності, повинні тлумачитися відповідно до цілей і змісту договору. Підкреслюється, що суди у разі зіткнення з багатозначними нормами права повинні виходити з презумпції, що ці акти відповідають міжнародним договорам, тлумачити їх положення в контексті цілей договору. У деяких правових системах судді виходять з того, що навіть неінкорпорований договір може бути використаний у судовій практиці для тлумачення права в цілому.

В Україні питання про співвідношення юридичної сили міжнародних договорів і актів внутрішньодержавного законодавства розв'язується таким чином. Загальновизнаним є принцип вищої юридичної сили Конституції України. Для визначення співвідношення юридичної сили міжнародних договорів і законів України необхідно провести аналіз законодавства України.

Питання про дію міжнародних договорів регулюється Законом України «Про міжнародні договори» від 29 червня 2004 р. № 1906-IV, згідно з ч. 2 ст. 19 якого, якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору Аналогічне положення було закріплено в Законі України «Про міжнародні договори» від 22 грудня 1993 р. № 3767-XII, який утратив силу після набуття чинності Законом України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. № 1906-1V

Крім того, положення про пріоритет міжнародних договорів закріплені в галузевому законодавстві. Це, передусім, кодекси України: Цивільний кодекс України (ч. 2 ст. 10), Господарський кодекс України (ч. 4 ст. 39, ч. 2 ст. 72), Цивільний процесуальний кодекс України (ст. 428), ГПК України (ст. 4), Кодекс законів про працю України (ст. 81), Житловий кодекс України (ст. 193), Лісовий кодекс України (ст. 103), Водний кодекс України (ст. 112), Кодекс України про надра (ст. 69), а також інші закони України.

Верховний Суд України у своїй практиці також дотримується принципу примату міжнародного права. Так, наприклад, в узагальненні судової практики з вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням законодавства про оподаткування суб'єктів підприємництва, використано таке положення: «Якщо міжнародним договором України, ратифікованим Верховною Радою України, установлені інші правила, ніж ті, що містяться в законах України про оподаткування, застосовуються правила міжнародного договору».

Згідно зі ст. 27 Віденської конвенції про право міжнародних договорів держави не можуть відмовитися від дотримання міжнародного договору на тій підставі, що він суперечить національному праву. Це положення свідчить про визнання пріоритету норм міжнародного права перед нормами внутрішнього законодавства.

Питання про механізм застосування європейських стандартів з прав людини вирішуються відповідно до загальних положень про імплементацію норм міжнародного права.

У міжнародному праві для позначення поняття «реалізація» норм міжнародного права широкого розповсюдження набув термін «імплементація» (від англ. *implementation* — здійснення, виконання). Укорінений у міжнародно-правовій практиці термін «імплементація» відповідає значною мірою українському еквіваленту «реалізація».

Навіть якщо в державі діє принцип «автоматичної інкорпорації» (як в Україні), деякі положення міжнародних договорів можуть вимагати прийняття імплементаційного законодавства з тим, щоб вони могли бути застосовані національними судами. Це пов'язано з існуванням двох основних моделей імплементації норм міжнародного права. Наявність цих моделей обумовлена характером самих норм. Будь-яку норму міжнародного права можна віднести або до самовиконуваних, або до несамовиконуваних.

Визначення того, чи є міжнародний договір самовиконуваним *(self executing)* має важливе значення для його застосування в національній правовій системі.

Вперше в міжнародному праві питання про самовиконуваність або несамовиконуваність договорів було розглянуто Постійною Палатою міжнародного правосуддя у справі *Jurisdiction of the Courts of Danzig.* Суть справи полягала у визначенні, чи можуть міжнародні договори безпосередньо створювати права і обов'язки для суб'єктів національного права. За даною справою Палата, зокрема, визначила: «Відповідно до існуючого принципу міжнародного права, міжнародні договори не можуть створювати прямі права і обов'язки для приватних осіб... Проте не

викликає сумнівів той факт, що сам об'єкт міжнародного договору може полягати в прийнятті сторонами певних норм, що створюють індивідуальні права і обов'язки, які підлягають захисту в національних судах». У цьому випадку йшлося про несамовиконувані норми міжнародного права, які не можуть бути безпосередньо реалізовані у процесі врегулювання відносин усередині держави без спеціального законодавства, в якому буде закріплений сам механізм їх реалізації, конкретні кроки з імплементації.

У науці міжнародного права існує декілька підходів до визначення природи і характеру самовиконуваних договорів. Серед них слід виокремити чотири основні:

1. Концепція, згідно з якою міжнародний договір є угодою двох держав, а не законодавчим актом. Тому міжнародний договір може вважатися самовиконуваним лише в тому випадку, якщо держави погодяться на це під час його укладання і висновок про його самовиконуваність буде безпосередньо виходити з його змісту. Відповідно, несамовиконуваними є договори, які не спрямовані на те, щоб установлювати права та обов'язки окремих осіб, а навпаки — визначають, що такі права та обов'язки повинні передбачатися імплементаційними актами національного законодавства.

2. Концепція, представники якої розглядають самовиконуваність або несамовиконуваність міжнародних договорів як характеристику, що існує незалежно від волевиявлення держав, які уклали цей договір, незалежно від їхнього наміру приймати або не приймати імплементаційне законодавство. Згідно з цією концепцією договори є самовиконуваними, якщо вони встановлюють конкретні зобов'язання, а не декларативні положення. Якщо договір містить виключно декларативні положення, він не може бути застосований як чинне право в національному суді.

3. Концепція, яка грунтується на позиції, що договір є несамовиконуваним, якщо він спрямований на встановлення правових положень, що входять до сфери виключного правового регулювання парламентом.

4. Концепція, відповідно до якої самовиконуваність міжнародних договорів визначається у такий саме спосіб, як і у випадку з актами внутрішньодержавного права, оскільки міжнародний договір є частиною національного законодавства.

Проте на практиці виникла необхідність в синтезованому підході до визначення самовиконуваності міжнародного договору. Такий підхід був розроблений Судом Європейського Союзу, який у своїй практиці виходить із того, що не всі міжнародні договори, які входять до внутрішнього права, можуть безпосередньо застосовуватися в судочинстві для захисту відповідних прав та інтересів приватних осіб. Отже, суд повинен самостійно встановити, чи можливе пряме застосування його положень.

Самовиконувані норми (або норми прямої дії) не вимагають конкретизації і вживання додаткових законодавчих заходів з боку держави для їх реалізації на національному рівні. Це готові до застосування правила, за допомогою яких можуть бути врегульовані правовідносини за участю суб'єктів національного права. У цьому випадку достатньо акта ратифікації, що означатиме визнання обов'язковості міжнародного договору для держави. Процес реалізації самовиконуваних норм міжнародних договорів ідентичний реалізації норм національного права.

Процес імплементації несамовиконуваних норм міжнародного права складніший. Несамовиконувана норма, як правило, передбачає, який фактичний результат досягатиметься у процесі її реалізації, а також може вказувати на конкретні заходи, яких повинна вжити держава-учасниця відповідного міжнародного договору для досягнення таких результатів і виконання передбачених цим

договором зобов'язань. Це можуть бути насамперед законодавчі заходи (ухвалення нових законодавчих актів, внесення змін до тих, що є чинними, або їх скасування). Проте вжиття таких заходів лише з боку держави не достатньо для того, щоб норма була реалізована, а зобов'язання за договором виконані. Як зазначається в юридичній літературі, механізм імплементації норм міжнародного права не завершується законодавчими заходами держави, а передбачає проведення цілої низки заходів правозастосовного характеру.

Таким чином, після того, як держава визнала для себе обов'язковість норми міжнародного права, яка є самовиконуваною (шляхом ратифікації, приєднання тощо), вона може бути безпосередньо застосована без звернення до національного законодавства у разі виникнення фактичної ситуації, на яку поширюється дія цієї норми. Щодо несамовиконуваних норм міжнародного права, то після включення їх до національної правової системи держава повинна прийняти низку нормативно-правових актів, положення яких конкретизуватимуть ці норми. Тільки після цього несамовиконувані норми міжнародного акта можуть застосовуватися для врегулювання відносин усередині держави і лише разом із нормами національного законодавства, що їх конкретизують.

Необхідно відзначити, що міжнародна практика в більшості випадків дотримується положення про свободу вибору державами засобів імплементації міжнародного договору. Це положення є офіційно визнаним у системі ООН. Способи, за допомогою яких держава виконує положення міжнародної угоди, установлюються дискреційним шляхом (на власний розсуд) компетентними органами та установами. Проте в багатьох міжнародно-правових актах визначаються загальні умови імплементаційної діяльності держави. Так, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права передбачає, що держава у випадках, коли відповідні положення ще не закріплені законодавством або іншими актами, бере на себе зобов'язання вжити необхідних заходів відповідно до конституційної процедури для видання законодавства або інших актів, необхідних для втілення в життя прав, що визнаються Пактом (п. 2 ст. 2 Пакту).

Радянська правова доктрина і практика не визнавала конструкцію самовиконуваних міжнародних договорів. Такий підхід був пов'язаний із тим, що суб'єктом міжнародного права (а значить і суб'єктом, який наділяється правами і має обов'язки відповідно до норм міжнародного права) визнавалася виключно держава, а не її громадяни, органи державної влади та місцевого самоврядування, інші суб'єкти внутрішньодержавних відносин. Тому вважалося, що для імплементації норм міжнародного права необхідне перетворення міжнародно-правової норми, що зобов'язує лише держави, на норму національного права, що «регулює відносини між такими суб'єктами, як органи держави, організації, установи, відомства, юридичні особи, посадовці, громадяни». Радянська юридична наука виходила з того, що ратифікація будь-якого міжнародного договору, набуття ним чинності зовсім не означають, що міжнародний договір тим самим набув характеру джерела внутрішньодержавного права прямої дії, тобто акта, який зобов'язані виконувати і громадяни, і юридичні особи, а суди та інші органи держави застосовувати.

Сьогодні негативний вплив цього підходу виявляється в тому, що застосування норм міжнародного договору за наявності норм внутрішньодержавного права, які регулюють ті ж самі відносини, вважається факультативним. Поширеною є думка, що суддя за своїм бажанням, може використовувати такі норми міжнародного договору лише для додаткового аргументування своєї позиції у конкретній справі. Такий підхід перешкоджає імплементації положень міжнародних договорів і, як результат, виконанню Україною взятих на себе відповідно до них

зобов'язань. Це суперечить одному з принципів міжнародних відносин — принципу добросовісного виконання зобов'язань, що випливають з укладених міжнародних договорів. На цю проблему звертають увагу члени Комітету ООН з ліквідації дискримінації щодо жінок. Вони підкреслюють той негативний факт, що судді всіх систем — як тих, що визнають міжнародні договори частиною національного законодавства, так і тих, що вимагають ухвалення додаткових законодавчих актів, — практично не враховують у своїй практиці положення міжнародних договорів. При цьому відповідні конституційні положення не є єдиною підставою для застосування міжнародних договорів. Багато в чому можливість впливу міжнародних договорів з прав людини на національну правову систему залежить від готовності до цього судової влади конкретної держави.

Усе викладене вище дає змогу виокремити наступні підстави застосування судами України норм міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України (зокрема Конвенції про ліквідацію усіх форм дискримінації щодо жінок):

1) конституційне положення (ст. 9 Конституції України), відповідно до якого такі договори є частиною національного законодавства;

2) загальновизнаний принцип міжнародного права про сумлінне виконання зобов'язань, узятих на себе державою, що ратифікувала відповідний договір;

3) положення законів України, які визнають міжнародні договори частиною національного законодавства та їх пріоритет над нормами внутрішньодержавних законів;

4) процесуальні норми, які прямо встановлюють, що суди ухвалюють рішення, ґрунтуючись на нормах Конституції, міжнародних договорів і законів;

5) позиція найвищих органів судової влади України;

6) позиція міжнародних організацій, членом яких є Україна, а також тих, вступ до яких є пріоритетним напрямом зовнішньої політики України (наприклад, Європейського Союзу).

Слід виокремити дві основні форми застосування норм міжнародних договорів у процесі врегулювання відносин усередині держави:

1) самостійне застосування норм міжнародного договору;

2) спільне застосування норм міжнародного договору і «споріднених» норм національного законодавства.

Перша форма включає: а) застосування норм міжнародного права за наявності в акті внутрішнього законодавства прямого відсилання до нього; б) застосування норми міжнародного договору для врегулювання внутрішньодержавних відносин за наявності прогалини у внутрішньому законодавстві; в) застосування норми міжнародного договору у разі колізії з нормою внутрішнього законодавства, що регулює ті самі відносини.

Друга форма включає: а) паралельне рівнозначне застосування норми міжнародного договору і норми внутрішнього законодавства, що регулюють одні й ті самі відносини і не суперечать одне одному; б) застосування норми міжнародного договору і норми внутрішнього законодавства, що конкретизує норму міжнародного договору.

Слід зазначити, що застосування самовиконуваних норм міжнародного договору може відбуватися в будь-якій із зазначених форм. Несамовиконувані норми можуть застосовуватися лише спільно з нормами внутрішнього законодавства, спрямованими на їх конкретизацію та імплементацію (остання із зазначених форм).

Необхідно підкреслити, що значення Конвенції про ліквідацію усіх форм дискримінації щодо жінок не повинне зводитися виключно до можливості застосу-

вання її положень у процесі подолання прогалин і колізій у внутрішньодержавному законодавстві України. Правові акти України закріплюють принцип рівності чоловіків і жінок. їх положення за формальними ознаками загалом відповідають вимогам міжнародного права. Проте Конвенція спрямована на реалізацію не лише принципу формальної рівності, а й принципу фактичної рівності. Іншими словами, правозастосовник у своїй практиці повинен також звертатися до положень Конвенції у процесі тлумачення положень законодавства. Урахування норм Конвенції у правозастосовній практиці є гарантією недопущення формального використання положень національного законодавства, що може призвести до фактичної дискримінації за ознакою статі.

Питання про форми застосування норм міжнародних договорів було предметом розгляду Верховного суду Російської Федерації, внаслідок чого була прийнята постанова Пленуму Верховного суду Російської Федерації «Про застосування судами загальної юрисдикції загальновизнаних принципів та норм міжнародного права і міжнародних договорів Російської Федерації» від 10 жовтня 2003 р. № 5. Досвід ухвалення такої постанови може стати корисним для України, тому детальніше зупинимося на її змісті.

У цій постанові Верховний суд Російської Федерації звернув особливу увагу на те, що міжнародним договорам належить першорядна роль у сфері захисту прав людини та основних свобод. У зв'язку з цим, як зазначає Верховний суд Російської Федерації, необхідним є подальше вдосконалення судової діяльності, пов'язаної з реалізацією положень міжнародного права на внутрішньодержавному рівні. Верховний суд у названій вище постанові також розглянув питання про самовиконувані та несамовиконувані договори. Він підкреслив, що чинними безпосередньо на території Російської Федерації (іншими словами — самовиконуваними) є положення офіційно опублікованих міжнародних договорів Російської Федерації, що не вимагають для свого застосування видання внутрішньодержавних актів.

Найбільш яскравим прикладом несамовиконуваних норм міжнародного права є норми, що передбачають ознаки складів кримінально караних діянь. Верховний суд Російської Федерації у постанові підкреслив, що такі положення міжнародних договорів не можуть застосовуватися безпосередньо, оскільки такими договорами прямо встановлюється обов'язок держав забезпечити виконання передбачених договором зобов'язань шляхом установлення кримінальної відповідальності за певні злочини внутрішнім (національним) законом.

Верховний суд Російської Федерації прямо вказує на пріоритет правил чинного міжнародного договору щодо законів Російської Федерації.

У постанові підкреслюється, що у процесі здійснення правосуддя суди повинні мати на увазі, що неправильне застосування судом загальновизнаних принципів і норм міжнародного права та міжнародних договорів Російської Федерації може бути підставою для скасування або зміни судового акта. При цьому, на думку Верховного суду Російської Федерації, неправильне застосування норм міжнародного права може мати місце у випадках, коли:

1) судом не була застосована норма міжнародного права, що підлягає застосуванню;

2) суд застосував норму міжнародного права, яка не підлягала застосуванню;

3) судом було дано неправильне тлумачення норми міжнародного права. Крім того, в постанові звертається увага суддів на необхідність тлумачення міжнародних договорів відповідно до Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р., яка закріплює принцип добросовісного виконання зобов'язань, взятих державою-учасницею міжнародного договору. Верхов-

ний суд Російської Федерації рекомендує суддям при виникненні ускладнень у процесі тлумачення загальновизнаних принципів і норм міжнародного права, міжнародних договорів Російської Федерації використовувати акти й ухвали міжнародних організацій, зокрема органів ООН та її спеціалізованих установ.

Верховним Судом України був розроблений проект постанови «Про застосування загальновизнаних принципів та норм міжнародного права і міжнародних договорів України у процесі здійснення правосуддя». Однак цей проект постанови, що вимагає істотного доопрацювання, так і не був прийнятий. Він багато в чому повторив істотні положення Постанови Пленуму Верховного суду Російської Федерації «Про застосування судами загальної юрисдикції загальновизнаних принципів та норм міжнародного права і міжнародних договорів Російської Федерації» від 10 жовтня 2003 р. № 5, яка була розглянута вище, з урахуванням специфіки їх дії в Україні. Йдеться, зокрема, про такі положення: визнання на конституційному рівні чинних міжнародних договорів частиною національного законодавства; вказівка на те, що права і свободи людини згідно із загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права, а також міжнародними договорами України є такими, що безпосередньо діють у межах юрисдикції України; вказівка на необхідність вдосконалення судової діяльності, пов'язаної із застосуванням міжнародного права на національному рівні.

3.3. Право на життя та обов'язок позитивних дій держави. Заборона смертної кари, питання екстрадиції та видачі правопорушників.

Стаття 2 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, що має назву «Право на життя», передбачає:

1. Право кожного на життя охороняється законом. Нікого не може бути умисно позбавлено життя інакше ніж на виконання вироку суду, винесеного після визнання його винним у вчиненні злочину, за який законом передбачене таке покарання.

2. Позбавлення життя не розглядається як таке, що його вчинено на порушення цієї статті, якщо воно є наслідком виключно необхідного застосування сили:

а) при захисті будь-якої особи від незаконного насильства;

b) при здійсненні законного арешту або для запобігання втечі особи, яка законно тримається під вартою;

c) при вчиненні правомірних дій для придушення заворушення або повстання.

Право на життя є основоположним правом людини та правом, що забезпечує основні демократичні цінності. Воно гарантується Загальною декларацією прав людини (ст. 3): «Кожна людина має право на життя, на свободу і на особисту недоторканність». Стаття 6 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права визнає право кожного на життя, додаючи, що це право «має бути захищене законом», а також, що «ніхто не може бути позбавлений життя свавільно». Право на життя осіб віком до 18 років та обов'язок держави гарантувати це право визнається ст. 6 Конвенції ООН про права дитини.

Конституція України зазначає, що «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю» (ст. 3) та «Кожна людина має невід'ємне право на життя. Ніхто не може бути свавільно позбавлений життя» (ст. 27).

Практика Європейського суду з прав людини у тлумаченні права на життя становить особливий інтерес, оскільки його рішення є обов'язковими при тлумаченні Конвенції. У тлумаченні обов'язків держави згідно зі ст. 2 Конвенції Суд їх поділяє на негативні та позитивні. Частиною позитивних обов'язків держави є також процесуальні обов'язки, що стосуються ретроспективного розслідування будь-якого насильницького позбавлення життя.

Розглянемо детальніше негативні обов'язки держави за ст. 2 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Під негативними обов'язками держави розуміють обов'язок не перешкоджати в реалізації права, у цьому разі — не позбавляти життя. Протягом тривалого часу в аспекті ст. 2 про право на життя розглядалося як питання про обставини, за яких застосування представниками держави примусу, що призводить до смерті людини, є виправданим.

За загальним правилом застосування сили, у тому числі вогнепальної зброї, навіть з метою забезпечення правопорядку, становлять грубе порушення права на життя.

Проте можуть існувати ситуації, коли застосування сили визнається виправданим, оскільки було «виключно необхідним». Ці ситуації стосуються самооборони або захисту інших осіб від незаконного насильства; арешту або запобігання втечі особи під час затримання на законних підставах; правомірного придушення заворушення або повстання.

Крім Конвенції, іншими правовими джерелами, які потрібно брати до уваги під час розгляду скарг на надмірне застосування сили, є стандарти ООН, основні принципи застосування сили та вогнепальної зброї представниками правоохоронних органів, принципи ефективного запобігання та розслідування позасудових свавільних та вчинюваних у спрощеному порядку страт. Увагу світового співтовариства також зосереджено на необхідності підготовки поліцейських у дусі поваги до прав людини, включаючи вивчення міжнародних стандартів щодо застосування сили у правоохоронній діяльності.

Українське законодавство, що регламентує застосування зброї, визнано в цілому як таке, що не суперечить міжнародним стандартам. Але є й істотні недоліки.

Перейдемо до позитивних обов'язків держави з реалізації права на життя, під якими розуміється зобов'язання держави створювати належні умови для реалізації цього права.

Так, як порушення позитивних зобов'язань держави у цій сфері розглядають неефективну діяльність системи охорони здоров'я. Держава повинна розробити правила, які б зобов'язували державні та приватні лікарні вживати належних заходів для захисту життя пацієнтів. Позитивні зобов'язання також вимагають запровадження ефективної незалежної системи розслідування з метою одержання інформації і забезпечення відповідальності з боку медичних працівників за смерть пацієнтів.

У світовій практиці є різноманітні приклади контролю над ефективністю системи охорони здоров'я. Так, наприклад, у Великій Британії діє омбудсман з прав людини та охорони здоров'я; в Італії працює Трибунал із захисту прав пацієнтів, представники якого є в усіх регіонах країни; у США, де, крім комісій з етики, куди входять лікарі, юристи, представники страхових компаній, права пацієнтів відстоює безліч громадських організацій.

За твердженням правозахисників України основними проблемами в Україні у сфері законодавчого забезпечення ефективності системи охорони здоров'я є недосконалість існуючого законодавства, що унеможливлює отримати призначену судом компенсацію; відсутність закону про права пацієнтів.

На розгляд Верховної Ради України на початку 2003 р. було подано законопроект про права пацієнтів, внесений народним депутатом України С Шевчуком. Законопроект визначає і конкретизує права пацієнтів у контексті основних прав людини в галузі охорони здоров'я, формує систему, за допомогою якої кожна людина отримує можливість користуватися цими правами та бути захищеним від будь-яких порушень, забезпечити повагу до гідності пацієнта, залучаючи, у разі необхідності, засоби правового захисту.

Ще одним напрямом, через який мають реалізовуватись позитивні зобов'язання держави з забезпечення права на життя, є інформування населення про ризик. На думку експертів, навіть сьогодні, незважаючи на тривалий час, що вже пройшов після Чорнобильської трагедії, справа про Чорнобиль може бути доведена до Європейського суду.

28 квітня 1983 р. було прийнято Протокол № 6 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод — Протокол щодо скасування смертної кари. Як вказано у преамбулі цього документа, він був прийнятий з огляду на те, що розвиток подій у державах — членах Ради Європи відображає загальну тенденцію до скасування смертної кари.

Стаття 1 Протоколу № 6 проголошує скасування смертної кари. Нікого не може бути засуджено до такого покарання або страчено. Відповідно до ст. 2 Протоколу, держава може передбачити у своєму законодавстві смертну кару за діяння, вчинені під час війни або неминучої загрози війни; таке покарання застосовується лише у випадках, передбачених законом і згідно з його положеннями. Держава повідомляє Генерального секретаря Ради Європи про відповідні положення цього закону.

Заборона смертної кари є важливою гарантією виконання державою її негативних зобов'язань у цій сфері.

Конвенція прямо не регулює питання екстрадиції. У цьому питанні вона надає перевагу національному законодавству кожної країни. Втім питання, пов'язані з екстрадицією, регламентовано ст. 5 Конвенції, відповідно до якої: «Кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом, і в таких випадках, як ... законний арешт або затримання особи, здійснене з метою запобігання її незаконному в'їзду в країну, чи особи, щодо якої вживаються заходи з метою депортації або екстрадиції».

У цьому аспекті норми Конвенції встановлюють, щоб під час екстрадиції особи до запитуючої держави вказаний процес був здійснений із дотриманням вимог ст. 5 Конвенції, зокрема, оперативно та законно.

Європейський суд з прав людини (далі — Суд) у своїй прецедентній практиці неодноразово констатував порушення положень Конвенції у випадках, коли правоохоронні органи запитуваної держави не продемонстрували достатньої оперативності під час здійснення екстрадиції. Необхідно зазначити, що у цих випадках Суд не ставив під сумнів сам факт здійснення екстрадиції заявників, а констатував порушення ст. 5 Конвенції, яке пов'язане з необгрунтовано довгим триманням особи під вартою. Оцінка тривалості тримання особи під вартою — оціночний показник. Те саме стосується іншого аспекту, висвітленого у ст. 5 Конвенції — законності затримання особи з метою її екстрадиції. Це означає, що затримання особи з метою її екстрадиції має відповідати не тільки вимогам Конвенції, але у першу чергу вимогам національного законодавства країни, яка затримала особу. В таких випадках Суд констатував порушення не у частині проведення екстрадиції як такої, а саме щодо недотримання вимог, регламенто-

ваних національним законодавством. Незважаючи на відсутність у Конвенції чітких норм, які регулювали б питання екстрадиції, у будь-якому разі Конвенція охороняє права екстрадованих осіб у запитуючій країні.

Виходячи із загальної «філософії» Конвенції та завдання держав охороняти права та свободи осіб, які перебувають під їх юрисдикцією, держава, яка видає особу, зобов'язана пересвідчитись, що права цієї особи, гарантовані Конвенцією, не будуть порушені запитуючою країною, навіть якщо *ця* країна не є учасником Конвенції. Зокрема, це стосується загрози застосування до екстрадованої особи смертної кари або нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження. У цих випадках Суд констатує порушення положень Конвенції саме з боку держави, яка здійснила видачу особи. Тому дуже важливо для компетентних органів запитуваної держави пересвідчитись у тому, що з боку запитуючої сторони до екстрадованої особи не буде застосовано жодних дій, які порушують її права за Конвенцією.

3.4. Заборона катувань, нелюдського та такого, що принижує гідність, поводження або покарання.

Відповідно до ст. 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню.

Стаття 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод встановлює безумовну заборону «катувань, нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження й покарання», — або «поганого поводження» *(ill-treatment),* як узагальнено його визначає Європейський суд з прав людини. На відміну від більшості норм у сфері захисту прав людини, ця заборона не знає відступів ні за яких обставин, і порушення її не може бути виправданим.

Проте Конвенція не дає визначень для понять, використаних у статті 3. її зміст охоплює практично будь-які акти чи обставини, що можуть містити елемент «поганого поводження». На відміну від Конвенції ООН проти катувань, яка встановлює такі ознаки «катування», як: 1) специфічна мета — «одержати... відомості чи визнання, покарати... за дії.., залякати чи примусити...»; *2)* «причину, засновану на дискримінації будь-якого характеру», ст. 3 Європейської конвенції таких обмежень не містить. Це дало можливість Європейському суду поширити дію ст. 3 Європейської конвенції на ситуації, де такі ознаки відсутні.

Та слід пам'ятати, що незважаючи на широкий зміст ст. 3, Конвенція забороняє не будь-яке насильство чи примус. «Погане поводження» передбачає, що певне фізичне чи психічне насильство застосовується з незаконною метою чи нерозмірно з законною метою, а це іноді вимагає оцінки складної сукупності обставин. Певні фізичні чи моральні страждання можуть складати невід'ємний елемент законних дій або викликатися необхідністю. Так, Суд не встановив порушення ст. 3 у застосуванні протягом місяця наручників та інших засобів до психічно хворої людини через її агресивну поведінку. Суд виходив з того, що «заходи, викликані терапевтичною необхідністю, не можуть вважатися нелюдськими чи такими, що принижують гідність».

Аналогічним є підхід Суду до визначення покарання, що принижує гідність. Стаття 3, забороняючи «нелюдське» чи «таке, що принижує гідність» покарання, має на увазі відмінність між таким покаранням і покаранням взагалі. На думку Суду, для того, щоб покарання було «таким, що принижує гідність» і порушувало ст. 3, пов'язані з ним образа чи приниження *(humiliation or debasement)* мають ся-

гати особливого ступеня і відрізнятися від звичайного елемента приниження. Оцінка його, за станом речей, відносна: вона залежить від усіх обставин справи \m зокрема, від характеру покарання та способу й методу його виконання.

Суд, наприклад, не визнав порушення ст. 3 у можливому несприятливому впливі «дорослого» судового процесу на малолітніх підсудних *(V. v. the United Kingdom judgement of 16 December 1999; T. v. the United Kingdom judgement of 16 December 1999).* Також не було встановлено порушення Конвенції в дисциплінарному покаранні ув'язненого, хоча воно передбачало обов'язки з прибирання, менш комфортні умови утримання, обмеження передач, свободи пересування та ін. *(Valasinas v. Lithuania judgement of 24 July 2001, §§ 103—112).*

Однак, по-перше, застосовані з законною метою насильницькі заходи мають бути помірними до вимог конкретної ситуації. У справі *Rehbock* Суд, наприклад, не визнав, що обставини арешту виправдовували заподіяний апелянту подвійний перелом щелепи і знайшов, що «застосоване насильство було надмірним і невиправданим у цих обставинах» *(Rehbock v. Slovenia judgement of 28 November 2000, § 76).* По-друге, законна мета повинна дійсно існувати. Наприклад, Суд визнав таким, що принижує гідність, поводженням обшук роздягненого догола ув'язненого, хоча такий захід іноді може бути виправданим. Однак у цьому випадку таку необхідність не було доведено, і, крім того, Суд узяв до уваги, що при обшуку не тільки не було дотримано належну процедуру, а й форма його проведення була образливою *(Iwanczuk* v. *Poland judgement of 15 November 2001, §§ 58—59).* В іншій справі «принижуючим» було визнане проведення обшуку ув'язненого в присутності особи іншої статі *(Valasinas v. Lithuania judgement of 24 July 2001, §117).*

Деякі елементи поганого поводження можуть бути присутніми в інших порушеннях прав людини. Наприклад, дискримінація або позбавлення волі самі по собі можуть містити певний елемент принизливості і призвести до несприятливих психологічних наслідків для особи. Однак якщо ці принизливі елементи не сягають «мінімального рівня жорстокості», Суд не розглядатиме це як порушення ст. 3, а обмежиться констатацією порушення, що превалює. Наприклад, у справі *Olsson проти Швеції* Суд не став обговорювати з погляду ст. 3 відібрання дитини в одного з батьків, а обмежився лише констатацією порушення ст. 8 Конвенції *(Olsson v. Sweden judgement of 24 March 1988, Series A no 130, § 86). В* іншій справі про порушення права на приватне життя Суд вирішив, що «хоча розглянуті правові норми, можливо, містять певний аспект, який апелянти могли відчувати як образливий, вони не утворюють поводження, що принижує гідність, яке належить до сфери дії ст. 3» *(Marckx v. Belgium judgement of 13 June 1979, Series A no 31, § 66).* У справі *Smith та Grady проти Великобританії* Суд, хоча і відзначив дискримінаційну політику Міністерства внутрішніх справ Великої Британії на грунті сексуальної орієнтації апелянтів, але не визнав порушення ст. 3, тому що сукупність елементів такого поводження не досягла «мінімального рівня жорстокості» *(Smith and Grady v. the United Kingdom judgement of 27 September 1999, §§121-122).*

Однак Суд не відкидає можливості того, що дискримінація за якою-небудь ознакою може скласти порушення також і ст. 3 Конвенції. У певних випадках сама сукупність порушень низки прав по Конвенції щодо окремої категорії осіб може скласти погане поводження. У справі *Кіпр проти Туреччини* було встановлено безліч порушень прав грецьких кіпріотів. Зокрема, їм за певних умов не дозволялося заповідати нерухомість навіть найближчим родичам; у них були значні фактичні та юридичні перешкоди до отримання середньої освіти; була обмежена

свобода пересування, що утруднювало як втілення приватних і сімейних прав, так і здіснення релігійних обрядів. Суд вирішив, що «розглянуті порушення були спрямовані проти громади грецьких кіпріотів Карпаса на тій лише підставі, що ті належать до цієї категорії осіб. Поводження, якого вони зазнали ... можна пояснити лише їх відмінностями від турецьких кіпріотів, а саме їхнім етнічним походженням, расою та релігією» *(Cyprus v. Turkey judgement of 10 May 2001, §§ 245, 292-293, 307, 309).*

Також у деяких справах, пов'язаних зі знищенням майна, Суд визнав елемент «поганого поводження» достатньо значним, щоб установити порушення ст. 3.

Під час обговорення питання, чи можна в тому або іншому випадку говорити про порушення ст. З Конвенції, Суд використовує базове поняття «мінімального рівня жорстокості» *(minimal level of severity)* заподіюваних страждань. Але і поняття «страждання» досить складно визначити, тому що воно включає як суб'єктивний, так і об'єктивний моменти. Суд намагається з'ясувати певні об'єктивні обставини, що дають змогу — спираючись на практичний досвід — як установити факт перенесених страждань, так і визначити їх силу.

Спектр обставин, що довелося розглядати Суду, досить широкий, і кожна категорія випадків вимагала свого підходу до оцінки розглянутих обставин. Практично неможливо дати усталену класифікацію обставинам, які Суд бере до уваги, коли оцінює, чи досягло поводження необхідного «мінімального рівня жорстокості». Суд враховує «характер поводження чи покарання, в якій обстановці, яким чином і якими методами воно здійснюється, його тривалість, його фізичні чи психічні наслідки, а також у деяких випадках стать, вік і стан здоров'я потерпілого» *(V. v. the United Kingdom judgement of 16 December 1999, § 70; Soeringv. the United Kingdom judgement of 7 July 1989, Series A no 161, § 100; Cruz Varas and Others v. Sweden judgement of 20 March 1991, Series A no 201, § 83; Nsona v. the Netherlands judgement of 28 November 1996, § 92).*

Можна відзначити певну зміну в підході Суду до оцінки тих чи інших обставин. Якщо раніше Суд надавав більше значення наслідкам, які мали поводження, що оскаржується, для фізичного здоров'я потерпілого, то тепер більшу вагу здобувають інші чинники.

Наприклад, у рішенні у справі *Ірландія проти Великої Британії* Суд відмовився розцінити як катування п'ять методів допиту, застосованих силами безпеки до підозрюваних, хоча вони «спричиняли якщо не реальні тілесні ушкодження, то принаймні сильні фізичні і психічні страждання особам, які зазнавали їх, а також призводили до гострого психічного розладу під час допиту. Хоча п'ять методів, що застосовуються в сукупності, без сумніву становлять нелюдське і принижуюче гідність поводження, хоча їх метою було одержання зізнання, імен інших осіб і відомостей, і хоча вони використовувалися систематично, вони не заподіювали особливо сильних і жорстоких страждань, які має на увазі... слово «катування» *(Ireland v. the United Kingdom judgement of 18 January 1978, Series A no 25, § 167).*

У справі *Selmouni проти Франції* Суд розцінив поводження, якого зазнав апелянт, як катування, хоча здоров'ю апелянта не було заподіяно надто серйозної шкоди. До уваги були взяті різні фактори: численність ушкоджень (медичні обстеження виявили ушкодження на усім тілі апелянта), знущальний і мерзенний характер поводження, зазнаного апелянтом, неодноразовість і тривалість знущань, а також мету такого поводження — одержання зізнання апелянта *(Selmouni v. France judgement of 28 July 1999).*

Така зміна в оцінці відповідає загальній тенденції до «більш жорсткого підходу до оцінки попрания фундаментальних цінностей демократичного суспільства».

Хоча Суд у цьому випадку говорив про зміну межі між поняттями «катування» та «нелюдського поводження», однак можна з достатньою впевненістю говорити про таку саму тенденцію у визначенні «мінімального рівня жорстокості». Тому те, що два десятки років тому могло не визнаватися «поганим поводженням», сьогодні чи завтра може бути витлумачене як порушення ст. З Конвенції.

Під час застосування Конвенції Суд установив певні відмінності між поняттями «катування», «нелюдське поводження» та «таке, що принижує гідність, поводження». Шкала оцінок," що застосовує Суд, не має визначених меж. Важко заздалегідь передбачити, які особливості справи переконають Суд кваліфікувати поводження як «катування» на відміну від менш тяжкого порушення ст. З — «нелюдського» чи «такого, що принижує гідність, поводження». «Щоб визначити, чи може та чи інша форма поганого поводження розцінюватися як катування, Суд має врахувати відмінність, що міститься у статті 3, між цим поняттям і поняттям нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження. Як вже відзначалося, ця відмінність була втілена в Конвенції, щоб надати можливість затаврувати терміном «катування» тільки навмисне *(deliberate)* нелюдське поводження, яке викликає дуже сильні і жорстокі страждання» *(Aksoy v. Turkey judgement of 18 December 1996, Reports... 1996-VI, § 63).*

Суд розцінив як катування застосування силами безпеки «палестинського підвішування» *(Aksoy* v. *Turkey judgement of 18 December 1996, Reports ... 1996-VI, § 64).* Так само Суд оцінив випадок, коли заарештована була зґвалтована і піддана іншому брутальному та принизливому поводженню з метою одержати інформацію від неї та її родини *(Aydin* v. *Turkey judgement of 25 September 1997, § 83).* Тим самим терміном було визначено і мордування потерпілої за допомогою електричного струму, обливання гарячою і холодною водою, удари по голові, що супроводжувалися погрозами піддати поганому поводженню і її дітей *(Аккод* v. *Turkey judgement of 10 October 2000, § 116).* Удар прикладом гвинтівки у сукупності з побиттям руками і ногами, що закінчилися ушкодженням і тривалою утратою функцій мозку, визначив оцінку Суду в ще одній справі проти Туреччини *(Ilhan v. Turkey judgement of 27 June 2000).*

Може також бути встановлене порушення ст. З і стосовно загиблого, якщо є докази застосування до нього катувань.

З певною визначеністю можна констатувати тенденцію до більш жорстких оцінок з боку Суду щодо прямого насильства чи інших нелюдських дій проти особистості. Як уже зазначалось, Суд відкрито позначив цю тенденцію у справі *Selmouni проти Франції,* де пославшись на свою традицію тлумачити Конвенцію у світлі сучасних умов, заявив, що «певні дії, які раніше розглядалися як «нелюдське чи таке, що принижує гідність, поводження» на відміну від «катувань», можуть надалі оцінюватися інакше».

З одного боку, як нелюдське поводження Суд може розцінити навмисне заподіяння страждань, якщо певні обставини все таки не дають змогу йому охарактеризувати таке поводження як «катування». Так само може розцінюватися не лише безпосереднє використання сили, але і створення обстановки, за якої людина зазнає страждань. Суд визнав нелюдським і таким, що принижує гідність, поводженням тримання апелянта в холодній і темній камері, із зав'язаними очима, і поводження з ним таким чином, що залишилися рани і синці на тілі. В іншій справі такий самий висновок ґрунтувався на доказах, які свідчили, що апелянти страждали не тільки від холоду, але і від страху і занепокоєння щодо своєї долі.

«Погроза застосуванням поводження, забороненого ст. 3, за умови, що вона достатньо реальна і безпосередня, може як така суперечити цьому положенню.

Таким чином, погроза застосувати до людини катування може в деяких обставинах утворити, щонайменше, нелюдське поводження» *(Campbell and Cosans* v. *the United Kingdom judgement of 25 February 1982, Series A no 48, §25—26).*

З іншого боку, «нелюдське поводження» охоплює більш широкий спектр можливих порушень. Для визнання нелюдського поводження певні дії не обов'язково повинні мати характер безпосереднього насильства. У певних випадках ті чи інші дії з боку держави можуть порушувати ст. 3 Конвенції, навіть якщо вони ненавмисні та не мають на меті заподіяти страждання.

Суд розглянув кілька справ, у яких знищення майна було визнано нелюдським поводженням. У справі *Dulas проти Туреччини* заявниці було під час подій понад 70 років. її будинок і майно були знищені на її очах під час операції сил безпеки; вона позбавилася даху над головою і засобів існування і змушена була залишити село і громаду, де прожила все життя. Влада не вжила ніяких заходів, щоб допомогти їй у такому становищі. З огляду на те, яким чином її будинок був знищений і її особисті обставини, Суд вважав, що заявниця мала була зазнати доволі жорстоких страждань через дії сил безпеки, аби класифікувати їх як нелюдське поводження у значенні ст. 3 Конвенції. Схожі рішення були прийняті ще в деяких справах проти Туреччини.

У деяких випадках Суд визнав жертвами порушення ст. 3 родичів осіб, які зникли безвісти у зв'язку з операціями сил безпеки. Чи є члени родини зниклих безвісти потерпілими за ст. 3 «залежить від певних обставин, що надають стражданням потерпілих ступінь і характер, відмінні від моральних страждань, яких неминуче зазнають родичі жертв серйозного порушення прав людини. Мають значення близькість родинних зв'язків — у цьому плані певне значення надається відносинам батьки — діти, — особливі обставини споріднення, ступінь, в якому члени родини були очевидцями розглянутих подій, участь членів родини у спробах одержати інформацію про зниклих осіб та спосіб, у який органи влади реагували на ці спроби з'ясувати долю зниклих». Часто саме позиції органів влади в ситуації, коли людина зникла безвісти і є підозра, що до цього причетні агенти держави, Судом надається велике значення.

У відносно самостійну категорію слід виокремити рішення щодо умов тримання в закритих установах (в'язниці, психіатричні лікарні тощо). Суд вважає, що держава зобов'язана забезпечити, щоб людина трималася в умовах, сумісних з її людською гідністю, щоб спосіб і методи виконання покарання не заподіювали їй страждань і тягот такої інтенсивності, яка перевищує неминучий ступінь страждань, притаманних триманню під вартою, і щоб, з огляду на практичні потреби тюремного ув'язнення, її здоров'я та благополуччя належним чином забезпечувалися, у тому числі і шляхом надання необхідної медичної допомоги.

Під час обговорення умов тримання в закритих закладах з погляду ст. 3 Суд застосовує власні критерії, що ґрунтуються на зважуванні найрізноманітних чинників, і не зв'язаний з оцінками інших, у тому числі і міжнародних інститутів. Наприклад, у справі *Aerts проти Бельгії* Суд узяв до уваги висновок Комітету з попередження катувань, де зазначалося, що загальні умови тримання в психіатричному відділенні були «нижче мінімального прийнятного рівня з етичної і гуманітарної точок зору». Однак Суд не визнав порушення ст. 3 щодо апелянта, оскільки не встановив, що ці умови особливо серйозним чином позначилися на психічному здоров'ї апелянта.

В іншій справі, з огляду на вкрай погані умови тримання (зокрема, недостатню кількість спальних місць, відсутність денного світла та ін.), а головне — над-

звичайно довгий термін тримання в таких умовах, Суд визнав порушення ст. З Конвенції.

До цієї категорії слід віднести справу *Кеепап проти Великої Британії,* де держава була визнана відповідальною за неналежну турботу про здоров'я апелянта. Подовживши тюремне ув'язнення апелянта лише на дев'ять днів до його звільнення, адміністрація недооцінила можливого впливу такого заходу на психіку потерпілого, що призвело до його самогубства. Це було розцінено як нелюдське поводження. В іншій справі, схожій за обставинами з попередньою, низка факторів не дозволили визнати порушення державою Конвенції.

Як таке, що принижує гідність, поводження може розцінюватися, «якщо воно викликає в потерпілих почуття страху, пригніченості і неповноцінності, здатні образити й принизити них, зламати їх фізичний чи моральний опір», або «спонукати їх діяти проти своєї волі і совісті».

Однак відсутність будь-якої з цих специфічних цілей не виключає можливості класифікувати поводження як таке, порушує ст. З Конвенції. Наприклад, у справі *Price проти Великої Британії* Суд не встановив наміру образити чи принизити заявницю, однак зважив, що «тримати під вартою каліку в умовах, де вона могла одержати... загострення хвороб, оскільки її ліжко було занадто тверде і недосяжне в її становищі, і вона не могла користуватися туалетом і підтримувати чистоту без надмірних труднощів, складає поводження, що принижує гідність». Той самий підхід був застосований у справі *Peers* щодо умов тримання у в'язниці.

Можна помітити тут серйозну еволюцію в поглядах Суду, якщо згадати висновки Суду у справі *Ірландії проти Великої Британії:* «Хоча вправи, що затримані були змушені виконувати, містили певний ступінь примусу і мали заподіювати страждань, це було скоріше наслідком браку розважливості *(lack of judgment),* ніж наміру завдати болю або приниження». Суд визнав, що «Королівська поліція Ольстера і війська додержувались... ганебної і гідної осуду практиці», однак відмовився встановити порушення ст. З Конвенції.

«Публічність може бути релевантною обставиною при оцінці, чи є покарання «таким, що принижує гідність», у значенні ст. З. Однак Суд не вважає, що відсутність публічності обов'язково перешкоджає зарахуванню того чи іншого покарання до цієї категорії: цілком достатньо може бути того, що потерпілий принижений у своїх власних очах, навіть якщо він не був принижений в очах інших осіб».

Суд також має встановити, що певне поводження спричинило для особи потерпілого несприятливі наслідки, несумісні з вимогами ст. З. Суд не визнав порушення у справі *Raninen проти Фінляндії,* де апелянт оскаржував застосування наручників під час арешту і припровадження його до місця затримання. Хоча Уряд визнав, що у застосуванні наручників не було потреби, і Суд врахував багато чинників, у тому числі те, що події відбувалися під час незаконного арешту і привселюдно, однак він не встановив причинного зв'язку між цими подіями і тими психологічними проблемами, що виникли в апелянта кількома місяцями пізніше.

Як вже зазначалося, для того, щоб скласти порушення ст. З, ступінь приниження має перевищувати звичайний елемент приниження, властивий будь-якому покаранню. Однак якщо така надмірність доведена, Суд не знаходить виправдань для застосування такого покарання. «Не припустимо ні в якому разі вдаватися до покарань, що порушують ст. З, який би стримуючий ефект вони не мали».

Як і у всіх випадках міжнародної відповідальності держави захист ст. З спрямовано тільки проти дій держави — учасниці Конвенції (її «органів, агентів чи службовців»).

Іноді виникають питання про відповідальність держави-учасниці за дії — можливі чи дійсні — держав, що не зв'язані зобов'язаннями щодо Конвенції. Такі проблеми виникають у справах про висилку та екстрадицію в треті країни. Європейський суд виробив концепцію, відповідно до якої держава не повинна висилати чи видавати людину в країну, де існує ймовірність стати жертвою поганого поводження. Суд фактично сформулював зобов'язання, аналогічне зобов'язанню держав за Конвенцією ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських чи таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання (Конвенція ООН проти катувань). З цього погляду особливий випадок становить справа *D. проти Великої Британії.* На відміну від справ, де висилка ставила апелянта під загрозу поганого поводження, тут висилка вступала в протиріччя зі ст. 3 через те, що внаслідок її апелянт — невиліковно хвора людина — позбавлявся відповідного медичного догляду, тобто певного блага, яке він мав у країні, що висилає.

Дії приватних осіб, навіть якщо вони підпадають під визначення «поганого поводження» можуть спричинити відповідальність держави тільки у специфічних обставинах. Наприклад, в одному з рішень Суд визнав Великобританію відповідальною за погане поводження, допущене батьками щодо своїх дітей. Суд відзначив, що до поганого поводження з дітьми привернули увагу місцевої влади ще у жовтні 1987 р., однак дітей узяли під опіку лише ЗО квітня 1992 р. Суд вважав, що держава «мала законний обов'язок захистити дітей і низку повноважень для цього, у тому числі можливість забрати їх з дому». Також може ставитися питання про відповідальність держави у випадку поганого поводження з боку приватних осіб, якщо події відбуваються в місцях позбавлення волі, коли державні органи несуть певні позитивні обов'язки щодо безпеки тих, хто там знаходиться.

Підхід Суду до доказів визначається конкретними обставинами справи. На відміну від інших порушень Конвенції розгляд щодо можливого порушення ст. З найчастіше викликає проблеми встановлення фактів. Якщо при порушенні інших статей Конвенції питання іноді зводиться до вирішення питань права, з яких сторони дотримують різних думок, то щодо «поганого поводження» Суду майже завжди доводиться вирішувати, чи відбулася сама подія, особливо якщо мова йде про застосування насильства агентами держави. Оскільки погане поводження, як правило, становить злочин за національним законом держави-учасниці, то особи, які припустили таке поводження, намагаються приховати або сам факт, або свою причетність до цих подій. Дуже часто ці злочини відбуваються в місцях позбавлення волі, коли потерпілий цілком знаходиться в руках поліції чи інших агентів держави, і для нього вкрай важко забезпечити докази зазнаного ним поганого поводження.

При вирішенні питання щодо порушення ст. З Конвенції Суд має переконатися «поза розумним сумнівом» в існуванні самої стверджуваної події. Однак з огляду на труднощі в доведенні, Суд може дійти до такого переконання на підставі «сукупності досить міцних, ясних і погоджених висновків чи такого ж роду не спростованих фактичних презумпцій».

Європейський суд не розглядає питання щодо персональної відповідальності тієї чи іншої особи, а виносить рішення щодо міжнародної відповідальності держави. На це важливо звернути увагу, визначаючи предмет доведення. Апелянту не обов'язково доводити причетність певних осіб до застосування насильства, він іноді навіть не в змозі їх впізнати. Наприклад, апелянту досить довести, що тілесні ушкодження заподіяні в період перебування його в поліції, аби скинути із себе тягар доведення. У такому випадку вже на державі лежить обов'язок надати «повне і достатнє пояснення у відношенні того, яким чином була заподіяна шко-

да». У справі *Sevtap Veznedaro glu проти Туреччини* було встановлено порушення ст. 3 лише тому, що таке пояснення не було надане.

Значний тягар доведення лягає на державу, якщо стверджується порушення ст. 3 у зв'язку з невиконанням державними органами позитивних обов'язків. Суд виходить із презумпції невиконання обов'язків. Так, у згаданій вище справі *Кеепап проти Великої Британії ut* було встановлено, що самогубство потерпілого було безпосереднім наслідком недостатньої турботи тюремної адміністрації. Однак Суд у своєму рішенні вказав, що «це ускладнення не є вирішальним в питанні, чи виконали органи влади свої зобов'язання за статтею 3 захистити Марка Кінана від поводження і покарання, які суперечать цьому положенню». Суд узяв до уваги обставини (у тому числі і повну відсутність записів у медичному журналі), які доводять недостатнє спостереження за психічним станом апелянта всупереч поінформованості адміністрації про його схильність до суїциду.

Хоча органи Конвенції мають великі повноваження з дослідження доказів, Суд не завжди використовує ці повноваження, оскільки «усвідомлює допоміжний характер своєї ролі і має обачно приймати на себе роль суду факту першої інстанції».

В інших категоріях справ Суд досить часто спирається на висновки національних органів, особливо судів. Під час розгляду порушень щодо ст. 3 Суд, залежно від обставин, може взяти до уваги висновки національних органів. Наприклад, у справі *Klaas проти Німеччини* Суд не переглядав несприятливу для апелянта оцінку національних судів, оскільки були відсутні «переконливі обставини, щоб змусити його відступити від висновків, до яких дійшли ці суди». В іншій справі Суд спирався на висновки органів виконавчої влади, які, на його думку, мали великий досвід в оцінці заяв щодо застосування катувань у Чилі.

Але Суд також може не взяти до уваги висновків національних органів і спиратися на власну оцінку, як, наприклад, у справі *Rehbock проти Словенії*, де розслідування було розпочате лише через п'ять місяців після інциденту і проводилося силами підрозділу, співробітники якого були причетні до розслідуваної події. Суд може дійти до інших висновків, навіть якщо у нього не викликає сумніву об'єктивність оцінок національних судів. «Відповідальність держави за Конвенцією, яка випливає з дій його органів, агентів і службовців, не слід плутати з національними правовими питаннями персональної кримінальної відповідальності, розглянутої в національних кримінальних судах. Суд не прагне дійти до будь-яких висновків щодо винуватості чи невинуватості в цьому сенсі». Так, у справі *Ribitsch проти Австрії* Суд вирішив, що «виправдання офіцера поліції Маркля у кримінальному обвинуваченню судом, зобов'язаним дотримуватись принципу презумпції невинуватості, не звільняє Австрію від відповідальності за Конвенцією».

У справах щодо ст. 3 Конвенції Суду найчастіпе доводилося використовувати всі доступні йому засоби для безпосереднього дослідження події, оскільки «коли твердження стосуються статей 2 і 3 Конвенції, Суд повинен здійснити особливо ретельну перевірку». Крім того, коли мова йде про прямі акти насильства з боку агентів держави, інколи немає ніяких висновків національних органш, оскільки не проводиться ефективне і невідкладне розслідування заяв про застосування катувань.

Суд при оцінці фактів бере до уваги усні і письмові пояснення апелянта й уряду, показання свідків, свідчення апелянта, документи й інші докази, результати перевірок і спостережень делегатів Суду. Суд не зв'язаний якими-небудь заздалегідь встановленими правилами допустимості доказів, тому оцінює їх, виходячи з обставин кожного випадку.

Особливе значення мають об'єктивні медичні дані отриманих ушкоджень. Однак Суд зважує на те, чи можливо було для апелянта одержати медичні свідоцтва. Наприклад, у справі *Текіп проти Туреччини* Суд парирував той аргумент Уряду, що апелянт не зміг надати медичних звітів, зазначивши, що держава не вжила ніяких заходів, щоб забезпечити огляд апелянта доктором під час його затримання і після звільнення, хоча той скаржився на погане поводження прокурору, який був зобов'язаний за законом розслідувати скаргу.

Під час оцінки надійності і достатності показань свідків Суд бере до уваги багато чинників. «У цьому плані поведінка сторін під час одержання доказів має братися до уваги». Суд часто надає значення тому, чи надає уряд допомогу у проведенні розслідування, наприклад, відмовленню посадових осіб держави давати показання, неможливості одержати ті чи інші документи. У деяких випадках Суд зазначив, що якщо уряд недостатньо співпрацює з органами Конвенції у розслідуванні справи, то він не може посилатися на недостатність доказів, на яких Комісія будує свої висновки. Під час оцінки показань апелянта можуть братися до уваги певні обставини. Наприклад, Суд надав значення тому факту, що протягом 18 місяців апелянт мовчав про те, що був жертвою катувань у Чилі, куди його мали намір вислати органи влади Швеції.

Суд може взяти до уваги оцінки неурядових організацій, особливо коли постає питання про загальну обстановку у певній країні або районі, звичайних методах поліції та ефективності проведення розслідувань. Суд спирався на висновки «Міжнародної амністії» під час розгляду ситуації у штаті Пенджаб (Індія), на висновки Європейського Комітету з запобігання катувань під час оцінки умов тримання у в'язниці.

Труднощі в доведенні, а також те, що встановлення обставин події, які можуть розцінюватися як порушення ст. 3, значною мірою залежить від ефективних дій національних органів, визначили ще один напрям практики Суду. У справі *Assenov проти Болгарії* було вирішено, що держава несе не тільки обов'язок утримуватися від застосування заборонених видів поводження і покарання, але також і позитивний обов'язок провести «ефективне і негайне» розслідування. За думкою Суду, Конвенція не може допустити, щоб вирішення питання про порушення Конвенції цілком залежало від сумлінності державних органів. Через те, що внаслідок свого характеру порушення ст. 3 вимагає негайного розслідування, відсутність якого може унеможливити вирішення питання про самий факт порушення, Суд дійшов висновку, що відсутність такого розслідування як таке складає порушення Конвенції.

Оцінка «негайності» та «ефективності» також залежить від різних чинників. Суд розглядає обсяг проведеного розслідування, вади слідства. Наприклад, у справі *Assenov* Суд визнав неадекватними заходи, вжиті для розслідування скарги про погане поводження. Зокрема, Суду було незрозумілим, чому, попри те, що події відбувалися в людному місці і, за свідченням поліцейського офіцера, на місці події знаходилося близько 15 чи 20 циган і 20 водіїв, останні не були допитані безпосередньо після події, а було допитано лише одного незалежного свідка, який не зміг навіть згадати, що трапилося. Лише через 9 місяців було допитано ще двох свідків, які не змогли докладно пригадати обставини події.

Надається також велике значення позиції осіб, від яких залежить порушення кримінальної справи чи проведення розслідування. У тій же справі *Assenov* слідчий заздалегідь був готовий визнати, що ушкодження, виявлені в апелянта, були заподіяні його батьком, хоча не було встановлено, що батько завдав апелянту удари з такою силою, яка могла заподіяти ушкодження, зазначені в медично-

му свідоцтві. Ще більш незадовільною Суд визнав позицію інших органів. Так, Суд був здивований, що Генеральна військова прокуратура змогла без яких-небудь доказів дійти до висновку, що заявник не підкорився поліції, і, навіть не з'ясувавши характер непокори, зробила висновок, що «навіть, якщо удари і були нанесені по тілу неповнолітнього, це трапилося внаслідок непокори наказу поліції».

У деяких справах проти Туреччини Суд зважив на те, що формулювання рішень слідчих органів «практично не припускають думки, ніби сили безпеки могли в чомусь бути винні, у тому числі з погляду помірності застосованих засобів обставинам».

Як і в будь-якому іншому випадку звернення до Європейського Суду, апелянт має вичерпати національні засоби правового захисту.

Стаття 35 § 1 Конвенції вимагає, що перш ніж певні обставини стануть предметом розгляду в Європейському суді, скарги щодо цих обставин мають бути подані в належний національний орган згідно з формальними вимогами національного права і містити виклад обставин справи принаймні у головних рисах. Саме цим моментом, до речі, визначається й час, з якого виникає позитивний обов'язок держави провести «ефективне та негайне розслідування».

Належний засіб правового захисту визначається змістом порушення. Якщо це певні акти насильства з боку агентів держави, апелянту необхідно спробувати порушити кримінальне переслідування.

У певних випадках Суд визнавав, що апелянт вичерпав національні засоби захисту, навіть за відсутності формальної скарги. У справі *Ilhan проти Туреччини* Суд встановив: «Прокурор знав, що [потерпілому] були заподіяні серйозні ушкодження, коли той був затриманий жандармами в селі. Таким чином, він був зобов'язаний відповідно до кримінально-процесуального кодексу розслідувати, чи не було вчинено злочину. За таких обставин Суд вважає, що відповідні національні органи в достатній мірі були поінформовані про цю справу. З огляду на те, що [потерпілий] опинився в обставинах, в яких почував свою вразливість, безсилля та страх перед представниками держави, він міг обґрунтовано очікувати, що необхідне розслідування буде здійснене без спеціальної, формальної скарги від нього чи його родини».

Дослідники практики Європейського суду роблять такі висновки:

1. Відповідно до Конвенції держава відповідає за дії своїх представників. Така відповідальність може бути очевидна, наприклад, коли «погане поводження» сталося з боку співробітників правоохоронних органів або персоналу закритої установи. У деяких випадках держава може бути визнаною відповідальною також за заборонене поводження, що було завдане (або може бути завдане) агентами іншої держави чи навіть приватними особами, але такі випадки спричиняють досить складні правові питання. Захист від катувань є абсолютним правом: за жодних обставин порушення ст. 3 не можна виправдати.

2. Суд розглядає погане поводження як заподіяння страждання з незаконною метою, або — якщо мова йде про застосування насильства з законною метою — заподіяння страждань понад міру, необхідну за даних обставин. У будь-якому випадку інтенсивність заподіюваних страждань повинна сягати «мінімального рівня жорстокості».

3. Суд у ході практики виробив шкалу оцінок «поганого поводження» з погляду його тяжкості. Катування характеризується Судом як найбільш тяжке порушення, пов'язане з навмисним заподіянням страждань. Менш тяжкі порушення Суд розглядає як «нелюдське» або «таке, що принижує гідність» поводження.

Іноді Суд кваліфікує поводження одночасно як «нелюдське і таке, що принижує гідність».

4. Як оцінка «мінімального рівня жорстокості», так і кваліфікація тяжкості того чи іншого поводження залежать від усіх обставин конкретної справи, однак у практиці Суду можна помітити тенденцію до все більш жорстких оцінок дій агентів держави і зростання впливу «нематеріальних», психологічних чинників на оцінку Суду.

5. При оскарженні «поганого поводження» до Європейського суду заявник, як правило, стикається зі значними труднощами в доведенні фактичних обставин справи. На потерпілому лежить обов'язок повідомити компетентний орган про зазнане ним погане поводження, щоб той міг здійснити необхідні заходи щодо встановлення і покарання винних.

6. Однак вирішальне значення для встановлення факту «поганого» має те, наскільки «негайно» і «ефективно» національні органи провели потрібне розслідування. Оскільки Конвенція не може дозволити, щоб встановлення відповідальності держави цілком залежала від сумлінності її органів, може бути визнане порушення ст. 3 тільки тому, що не було проведено належне розслідування.

Також у цій сфері для України є чинними такі міжнародні договори, як: Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження та покарання від 10 грудня 1984 р., Європейська конвенція про запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню від 26 листопада 1987 р., Протокол № 1 і Протокол № 2 до Європейської конвенції про запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню від 4 листопада 1993 р.

У вересні 2005 р. було підписано Факультативний протокол до Конвенції ООН щодо катувань, який, крім іншого, передбачає запровадження національного превентивного механізму, спрямованого на попередження катувань та жорстокого поводження. 22 червня 2006 р. Факультативний протокол до Конвенції ООН проти тортур, інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність видів поводження та покарання, ратифікований 20 країнами світу, відповідно до ст. 28 набрав чинності.

Від імені України він був підписаний 23 вересня 2005 р. Протокол вступає в силу на тридцятий день після здачі на зберігання Генеральному секретарю Організації Об'єднаних Націй двадцятої ратифікаційної грамоти або документа про приєднання.

Комітет приймає до уваги практику Європейського суду з прав людини, а також стандарти, закріплені в інших міжнародних договорах. На сьогодні і Комітетом, і Судом визнано: для того, щоб надати практичне значення забороні катувань, необхідним є ефективне розслідування, здатне привести до встановлення і покарання тих, хто є відповідальним за жорстке ставлення. Дотримання цього принципу передбачає, що органи влади, відповідальні за розслідування, наділяються усіма необхідними ресурсами як людськими, так і матеріальними. Крім того, розслідування має відповідати певним основним критеріям.

Законом України від 12 січня 2005 р. № 2322-IУбули внесені зміни до ст. 127 КК України. Було змінено склад злочину, передбаченого ч. 1 цієї статті, який зараз сформульовано так: «Катування, тобто умисне заподіяння сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання шляхом нанесення побоїв, мучення або інших насильницьких дій з метою спонукати потерпілого або іншу особу вчинити дії, що суперечать їх волі, у тому числі отримати від нього або

іншої особи інформацію, свідчення або визнання, покарати його за дії, які він скоїв або в скоєні яких підозрюється, або залякування його або інших осіб...».

Крім того, статтю було доповнено ч. 3, яка визначає як спеціального суб'єкта «працівника правоохоронного органу», та ч. 4, яка як обтяжуючу обставину (кваліфікуючу ознаку) передбачає завдання смерті внаслідок застосування катувань. Частина 3 передбачає покарання від 10 до 15 років позбавлення волі, ч. 4 — від 12 до 15 років позбавлення волі або довічне ув'язнення. Але все ж у криміналізації катувань, на думку деяких експертів, залишаються певні прогалини:

— по-перше, у ст. 127 ознакою катування залишається насильницька дія. Це звужує сферу застосування статті порівняно з визначенням ст. 1 Конвенції ООН проти катувань, яка визнає катуванням будь-яку дію, що завдає сильний біль або страждання;

— по-друге, певні терміни, наприклад, «отримати визнання» та «покарати за дії», через формулювання ознак злочину стосовно загального суб'єкта, втрачають свою визначеність;

по-третє, у ст. 127 відсутній один з елементів катування, згаданий у ст. 1 Конвенції ООН проти катувань, а саме: «будь-яка причина, що грунтується на дискримінації будь-якого характеру».

Набула певного резонансу проблема дотримання міжнародних норм щодо заборони повернення особи в країну, де цій особі загрожує застосування катувань або жорстоке поводження.

Слід також звернути увагу на діяльність такої структури, як Європейський Комітет з запобігання катуванням та нелюдському чи принизливому поводженню або покаранню. Європейська конвенція про запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню була прийнята з метою створення позасудових засобів превентивного характеру для реалізації ст. 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Комітет шляхом здійснення інспекцій перевіряє поводження з позбавленими волі особами з метою посилення, у разі необхідності, захисту таких осіб від катувань чи нелюдського або такого, що принижує їхню гідність, поводження чи покарання. Згідно зі ст. 2 кожна Сторона дозволяє інспектувати, відповідно до цієї Конвенції, будь-яке місце, яке знаходиться під її юрисдикцією і в якому тримаються особи, позбавлені волі органом державної влади. Виконуючи цю Конвенцію, Комітет та компетентні національні органи відповідної Сторони співпрацюють між собою.

Діяльність Комітету покликана бути складником системи Ради Європи з захисту прав людини і створювати профілактичний несудовий механізм поруч з наявними контрольними судовими механізмами Європейської Комісії і Європейського суду з прав людини.

Комітет здійснює свої здебільшого профілактичні функції завдяки двом різновидам візитів — періодичним і спеціальним. Періодичні візити всіх держав — учасниць Конвенції здійснюються через певні проміжки часу. Спеціальні візити — відбуваються, коли Комітет вважає, що цього потребують обставини.

Згідно з Конвенцією Комітет має широкі повноваження під час таких візитів: необмежений доступ до території відповідної держави і право подорожувати без жодних обмежень; вільний доступ до будь-яких місць, де перебувають особи, позбавлені волі, а також право вільно входити в такі місця; доступ до вичерпної інформації про місця утримання осіб, позбавлених волі, а також до іншої інформації, відомої державі-учасниці і потрібної Комітету для виконання своїх завдань.

Комітет також має право опитувати осіб, позбавлених волі, віч-на-віч, а також вільно спілкуватися з будь-якою особою, яка, на думку Комітету, може надати необхідну інформацію.

Відвідини можуть здійснюватися до будь-якого місця, «де особи позбавлені волі органами державної влади». Отже, мандат Комітету не обмежується в'язницями і поліцейськими управами, а охоплює і психіатричні заклади, гауптвахти у військових казармах, центри для утримання шукачів політичного притулку або інших груп іноземців, а також місця, де молодь або старші люди можуть перебувати позбавленими волі за рішенням судового або адміністративного органу.

Після кожного візиту Комітет складає доповідь, яка містить результати перевірки і, коли треба, рекомендації, на підставі яких триває діалог з відповідною державою-учасницею. Доповіді Комітету про всі візити є, як правило, конфіденційними. Проте майже всі держави-учасниці відмовляються від правила конфіденційності і публікують доповіді Комітету.

Однією з проблем, на яку звертає увагу Комітет, є проблема доступу до правової допомоги іммігрантів. Так, він зазначає, що право доступу до адвоката має додержуватися протягом усього затримання та гарантувати як право спілкуватися з адвокатом віч-на-віч, так і право адвоката бути присутнім під час допитів затриманого компетентними державними органами. В усіх центрах затриманим іммігрантам має гарантуватися доступ до медичних послуг. Окрему увагу слід приділяти фізичному і психічному здоров'ю шукачів політичного притулку, деякі з котрих могли зазнати катувань або інших різновидів неналежного поводження у країнах, звідки вони прибули.

У своїй Двадцятій Загальній доповіді *[CPT/Inf (2002) 15]* Комітет відзначив, що для належного функціонування суспільства необхідно, щоб поліція мала повноваження затримувати, тимчасово утримувати під вартою і допитувати осіб, підозрюваних у вчиненні кримінальних злочинів, та інших категорій осіб. Утім, здійсненню цих повноважень внутрішньо притаманні ризики залякування затриманого та фізичної наруги над ним. Суть діяльності Комітету полягає в пошуку способів зведення подібного ризику до абсолютного мінімуму, але без невиправданого чинення перепон поліції в належному виконанні її обов'язків. Комітет відзначає, що у кількох країнах заохочуються позитивні зрушення у практиці тримання під вартою у поліції осіб, позбавлених волі; водночас, висновки Комітету також у численних випадках свідчать про необхідність подальшої пильної позиції.

Допитування підозрюваних у вчиненні кримінальних злочинів має здійснюватися фахівцями і буде задовільним у разі отримання ними спеціальної професійної підготовки. Насамперед треба якомога ясніше визначити чітку ціль проведення допиту: такою ціллю має бути отримання точної та достовірної інформації задля встановлення правди щодо питань, які розслідуються, а не задля отримання зізнання від особи, яку співробітники поліції, котрі проводять допит, вже вважають винуватою. Додержанню представниками правоохоронних служб зазначеної вище цілі значно сприятиме, окрім відповідної підготовки, розробка кодексу поведінки при допитуванні осіб, які підозрюються у вчиненні кримінальних злочинів.

Протягом багатьох років інспектори Комітету спілкувались із значною кількістю позбавлених волі осіб у різних країнах; ці особи достовірно скаржилися, що працівники поліції, прагнучи отримати зізнання, піддавали їх фізичному насильству та в інакші способи вдавалися до погроз і залякувань. Вочевидь

зрозуміло, що система кримінального правосуддя, яка вважає зізнання головним доказом вини, заохочує представників органів, котрі беруть участь у розслідуванні злочинів, — і на котрих часто тиснуть, вимагаючи результату, — застосовувати методи фізичного чи психологічного примушення. У контексті запобігання катуванням та іншим формам жорстокого поводження особливого значення набуває розроблення методики кримінального розслідування, застосування якої уможливить менше покладання на зізнання та інші свідчення чи відомості, отримані шляхом допитів, при засудженні винуватих.

Здійснення електронних записів (тобто аудіо- чи відеозаписів) проведених поліцією допитів є важливою додатковою гарантією запобігання жорстокому поводженню із затриманими. Комітет із задоволенням відзначає, що кількість країн, де розглядається запровадження такої практики, наразі зростає. Подібна практика призведе до наявності повного й автентичного запису перебігу допитів, що значно полегшить розслідування будь-яких тверджень щодо жорстокого поводження. Це відповідає як інтересам осіб, з якими жорстоко поводились у поліції, так і, водночас, інтересам поліцейських, котрих безпідставно обвинувачують у фізичних чи психологічних знущаннях. Наявність записів здійснених поліцією допитів також зменшить вірогідність навмисної відмови підсудних від попередньо даних свідчень.

Інспекторам Комітету неодноразово та не в одній країні доводилося бачити приміщення для допитів, сам вигляд яких не міг не лякати. Наприклад, суцільний чорний колір і яскраве світло, яке точково спрямовується на допитувану особу. Таких приміщень не повинно бути в правоохоронних органах.

Приміщення для допитів мають бути належно освітлені, опалені та вентильовані; крім того, всі учасники процесу мають однаково зручно розміститися на схожих за дизайном стільцях. Працівник поліції, який проводить допит, не має розташовуватися так, щоби домінувати над підозрюваним, — тобто він не має сидіти ані на висоті, ані на відстані. Приміщення для допитів мають бути витримані в нейтральній кольоровій гаммі.

Представники Комітету в окремих країнах зустрічалися з практикою зав'язування очей особам під вартою у поліції, особливо під час допитів. Комітету пропонувалися різні та нерідко суперечливі пояснення представників правоохоронних органів щодо цілей подібної практики. Інформація, накопичена протягом років, дає Комітету підстави стверджувати, що у багатьох чи навіть у переважній більшості випадків затриманим зав'язують очі, щоби вони потім не могли упізнати правоохоронців, які з ними жорстоко поводилися. Навіть за умови невжиття фізичного насильства зав'язування очей затриманому (особливо при проведенні допиту) є щодо нього утиском, котрий часто дорівнює психологічно жорстокому поводженню. Комітет рекомендує суворо заборонити практику зав'язування очей особам, які перебувають під вартою у поліції.

Досить часто представники Комітету знаходять у поліцейських приміщеннях такі підозрілі предмети, як дерев'яні кийки, ручки від швабр, бейсбольні бити, металеві стрижні, важкі шмати кабелю або муляжі пістолетів чи ножів. Виявлення таких предметів неодноразово підкріплювало зроблені представникам Комітету заяви осіб, які стверджували, що під час перебування у відповідних установах під вартою такими предметами їх залякували і/або били.

Представники правоохоронних органів найчастіше кажуть, що такі предмети були конфісковані у підозрюваних і будуть використані як докази. Однак той факт, що подібні предмети ніколи не мають ніякого маркування і часто є розкиданими по всьому приміщенні (чи навіть схованими за завісами або в шафах),

спонукає до скептичного ставлення до такої версії правоохоронців. Щоб розвіяти припущення стосовно неправомірної поведінки своїх працівників і одночасно відвернути потенційну небезпеку як для персоналу, так і для затриманих, поліція завжди має належно маркувати всі вилучені предмети, які надалі фігуруватимуть як докази, реєструвати їх і зберігати в спеціально обладнаному приміщенні. Будь-які інші подібні предмети не можуть знаходитися у приміщеннях правоохоронних органів.

З самого початку своєї діяльності Комітет наполягав на забезпеченні трьох основних прав осіб, затриманих поліцією: право на доступ до адвоката, право бути оглянутим лікарем і право на сповіщення родича або іншої третьої сторони, на розсуд затриманого, про факт його затримання. Багато держав вдалися до заходів, рекомендованих Комітетом і спрямованих на запровадження чи краще забезпечення таких прав. Зокрема, право на допомогу адвоката під час перебування під вартою у поліції широко визнається в багатьох країнах, які відвідуються інспекторами Комітету, а ті нечисленні країни, де це право ще не існує, мають плани щодо його запровадження.

Утім, у кількох країнах неохоче додержуються рекомендацій Комітету щодо гарантування затриманому допомоги адвоката з моменту його взяття під варту. У деяких країнах затримані поліцією особи отримують таке право лише після того, як пробудуть під вартою протягом певного, визначеного законом часу; в інших країнах затриманий набуває права на допомогу адвоката лише з моменту, коли його офіційно оголошують підозрюваним.

Комітет багаторазово наголошував, що, як свідчить його досвід, небезпека залякувань і фізичної жорстокості щодо затриманої особи є найбільшою відразу після взяття її під варту. Отже, можливість затриманих залучити свого адвоката саме у цей проміжок часу становить засадничу гарантію від жорстокого поводження. Існування такої можливості переконливо впливатиме на тих, хто може схилятися до жорстокого поводження із затриманими. Більше того, адвокат добре знатиме, до яких дій удатися, якщо жорстоке поводження справді трапиться. Комітет визнає, що за виняткових обставин захист законних інтересів поліцейського розслідування може унеобхіднити деяке відкладення можливості затриманого поспілкуватися з адвокатом, на кандидатурі якого він наполягає. Однак подібні обставини не повинні призводити до того, щоб затриманий протягом усього цього часу взагалі не мав адвокатської допомоги: йому треба забезпечити можливість спілкуватися з іншим, незалежним адвокатом.

Право на допомогу адвоката має включати право бесідувати з ним віч-на-віч. У принципі, затриманому має бути надане право на присутність його адвоката на всіх допитах, що їх проводить поліція. Природно, це не має позбавляти поліцію можливості допитати затриманого з невідкладних питань за відсутності адвоката (якщо він не може з'явитися одразу) чи виключати заміну адвоката, який заважає належному ходу розслідування.

Комітет також знову наголошує на тому, що право на адвоката має належати не тільки підозрюваним у вчиненні кримінальних злочинів, а й тим, кого закон зобов'язує з'явитися — і якийсь час провести — у поліцейському приміщенні — наприклад, особам, які фігурують як свідки.

Для того, щоб право на адвоката ефективно забезпечувалось на практиці, необхідно передбачити відповідну процедуру для осіб, які не мають фінансової змоги оплатити послуги адвоката.

Особам, яких тримають у поліції під вартою, закон має надавати право бути оглянутим лікарем. Іншими словами, якщо особа вимагає медичного огляду,

лікар має бути викликаний негайно, а представники поліції не повинні відсіювати жодні подібні вимоги. Більше того, право бути оглянутим лікарем має включати право затриманого бути оглянутим тим лікарем, на якому він зупинить свій вибір (додатково до будь-якого медичного огляду, здійсненого лікарем, якого викликала поліція).

Всі медичні огляди затриманих поліцією осіб мають проводить так, щоб розмову між затриманим і лікарем ніколи не було чутно і також не було видно (крім випадків, коли сам лікар вимагає інакшого) представникам правоохоронних органів.

Також важливо, щоб всі особи, звільнені з-під поліцейської варти без постання перед суддею, мали право безпосередньо вимагати медичного огляду (медичної довідки) у/від лікаря, визнаного судово-медичним експертом.

Право затриманого на те, щоб про його затримання повідомили третій стороні, має, у принципі, бути гарантоване з самого початку перебування під вартою у поліції. Комітет, звичайно, усвідомлює, що здійснення цього права може підлягати певним виняткам заради захисту законних інтересів поліцейського розслідування. Однак подібні винятки мають бути чітко визначеними і жорстко обмеженими в часі, а застосування виняткової процедури має супроводжуватися відповідними гарантіями (наприклад, реєстрація на письмі необхідності відкласти сповіщення про затримання, із зазначенням підстав, і отримання дозволу на відкладення сповіщення від старшого за посадою працівника правоохоронних органів, не пов'язаного з розслідуванням цієї справи, або від прокурора).

Права позбавлених волі осіб будуть не надто вартими, якщо такі особи про них не знають. Тому необхідно, щоб особам, яких поліція бере під варту, чітко повідомляли про їхні права, без зволікань і мовою, яку вони розуміють. Для цього слід запровадити систему надання кожному затриманому, на самому початку його перебування під вартою, спеціальної форми із чітко викладеними правами. Більше того, кожний затриманий має розписатися, що його поінформовано про відповідні права.

Комітет неодноразово наголошував на ролі органів судової влади і прокуратури у відверненні жорстокого поводження поліції із затриманими. Наприклад, усі особи, які затримані поліцією і яких пропонують утримувати під вартою до суду, мають особисто постати перед суддею, котрий прийме відповідне рішення; у деяких країнах, які відвідують представники Комітету, такої практики не існує. Якщо підозрюваний, з яким жорстоко поводилися, вчасно постане перед суддею, він зможе подати скаргу. Більше того, навіть за умови неподання скарги суддя зможе своєчасно вжити належних заходів у разі наявності ознак жорстокого поводження (зокрема, видимі пошкодження, загальний вигляд затриманого чи його поведінка).

Зрозуміло, що у випадках наявності ознак жорстокого поводження поліції суддя має вжити належних заходів. Отже, у всіх випадках, коли підозрювані у вчиненні кримінальних злочинів, які постали перед суддею після перебування під вартою в поліції, стверджують, що з ними жорстоко поводилися, суддя має письмово запротоколювати такі скарги, негайно призначити судово-медичну експертизу і забезпечити належне розслідування заявлених тверджень. Таких заходів слід вживати незалежно від того, чи на особі, яка перебувала під вартою, є видимі зовнішні пошкодження. Більше того, навіть за відсутності конкретних тверджень про жорстоке поводження суддя має призначати судово-медичну експертизу в усіх випадках, коли є підстави вважати, що постала перед ним особа могла постраждати від жорстокого поводження з нею.

Сумлінне розслідування судовими та іншими відповідними органами всіх скарг про жорстоке поводження поліції із затриманими і, коли треба, призначення належного покарання матимуть потужний стримуючий ефект. З іншого боку, невжиття згаданими органами дієвих заходів за отриманими скаргами означатиме, що правоохоронці, схильні до жорстокого поводження із затриманими, швидко дійдуть висновку про безкарність власних вчинків.

Певні обставини подеколи вимагають проведення поліцією додаткових допитів осіб, які до суду перебувають в тюрмі. Комітет вважає, що з погляду попередження жорстокостей краще, щоби такі допити проводилися не в поліції, а у відповідному тюремному закладі. Передання осіб, які до суду перебувають у тюрмі, під варту поліції для подальших допитів має запитуватися і дозволятися лише тоді, коли є безумовно необхідним.

Перебування під вартою у поліції триває (чи, принаймні, має тривати) довоягі недовго. Утім, умови утримання в поліцейських камерах мають відповідати певним основним вимогам.

Всі поліцейські камери повинні бути чистими і мати належний розмір — з огляду на кількість осіб, які можуть там перебувати — а також відповідне освітлення (достатнє для читання у час, що не відводиться для сну) і вентиляцію. Бажано, щоб камери мали природне освітлення. Окрім цього, вони повинні бути обладнані засобами для відпочинку (наприклад, закріпленим стільцем або закріпленою лавкою); особи, які мають провести ніч в місці тримання, мають бути забезпечені чистими матрацом та ковдрами.

Особам, яких тримають під вартою в поліції, слід дозволяти справляти природні потреби в час, коли вони того забажають, у чистих і пристойних умовах; їм також слід надавати відповідну можливість для умивання. Ці особи повинні бути забезпечені питною водою і, у відведений для цього час, харчуванням, включаючи, як мінімум один раз на день, повноцінне харчування (щось більш суттєве, ніж бутерброд). Особам, яких тримають під вартою 24 години або довше, треба, якщо це можливо, щодня пропонувати прогулянки на свіжому повітрі.

Представники Комітету під час інспекцій бачили багато місць перебування затриманих, які не відповідають зазначеним мінімальним стандартам. Такий стан справ особливо шкодить тим, хто потім, після кількох днів перебування, без належних харчів та відпочинку, в неприйнятно облаштованих камерах, брудними й неохайними постають перед суддею.

Обов'язки поліції з догляду за особами, які перебувають у неї під вартою, включають гарантування безпеки і особистої недоторканності затриманих. Отже, належний моніторинг місць утримання є невід'ємною складовою зазначених обов'язків. Необхідно вдатися до заходів, які в будь-який час уможливлюватимуть контакт затриманих із персоналом місця утримання.

У деяких випадках інспектори Комітету натрапляли на камери, які були розташовані далеко від кабінетів чи приміщень, де зазвичай присутні працівники поліції, і які не мали ніяких засобів (як, наприклад, системи виклику) для привернення уваги поліцейських. За таких обставин значно зростає небезпека несвоєчасного втручання в усілякі можливі інциденти (насильство серед затриманих, спроби самогубства, пожежі тощо).

Комітет вже висловлював свої занепокоєння щодо поширеної в деяких країнах практики, коли в поліцейській структурі кожний оперативний відділ (з боротьби з незаконним обігом наркотиків, боротьби з тероризмом, боротьби з організованою злочинністю і т. д.) має власне місце для утримання взятих під варту осіб, в якому працюють співробітники цього ж відділу. Комітет вважає, шо

подібна система має поступитися місцем практиці централізованого утримання взятих під варту, і що в місці утримання мають працювати співробітники, які отримали відповідну спеціальну підготовку. Така система неодмінно призведе до кращих результатів у запобіганні катуванням. Більше того, звільнення окремих оперативних відділів від обов'язків щодо утримання позбавлених волі може дати чималі переваги з погляду управління і забезпечення правоохоронної діяльності. Насамкінець, важливу роль у запобіганні жорстокому поводженню поліції із затриманими особами і, в цілому, в забезпеченні задовільних умов утримання під вартою може зіграти інспектування поліцейських закладів незалежним повноважним органом. Ефективність здійснюваних таким органом інспекцій суттєво зросте, якщо вони будуть як регулярними, так і несподіваними, а представники інспекційного органу матимуть змогу розпитувати затриманих віч-на-віч. Більше того, інспекційний орган має досліджувати всі аспекти утримання під вартою: протоколювання фактів затримання, надання затриманим інформації про їхні права, фактичне здійснення цих прав, додержання правил щодо проведення допитів осіб, підозрюваних у вчиненні кримінальних злочинів, і матеріальні умови утримання.

3.5. Заборона рабства та примусової праці.

Стаття 4 Європейської конвенції з захисту прав людини і основоположних свобод встановлює заборону рабства та примусової праці. Згідно з ч. 1 ст. 4 ніхто не може триматися в рабстві або в підневільному стані. Частина 2 передбачає, що ніхто не може бути присилуваний виконувати примусову чи обов'язкову працю. Відповідно до ч. 3 для цілей цієї статті значення терміна «примусова чи обов'язкова праця» не поширюється на:

a) будь-яку роботу, виконання якої звичайно вимагається під час тримання під вартою, призначеного згідно з положеннями ст. 5 Конвенції, або під час умовного звільнення з-під варти;

b) будь-яку службу військового характеру або — у випадку, коли особа відмовляється від неї з релігійних чи політичних мотивів у країнах, де така відмова визнається, — службу, яка має виконуватися замість обов'язкової військової служби;

c) будь-яку службу, яка має виконуватися у випадку надзвичайної ситуації або стихійного лиха, що загрожує життю чи благополуччю суспільства;

d) будь-яку роботу чи службу, яка входить у звичайні громадянські обов'язки.

У статті 4 Конвенції рабство та підневільна праця відрізняються від примусової та обов'язкової праці. Перші два терміни передбачають встановлення більшого контролю над особою та характеризуються жорсткими умовами, яких ця особа не може ані змінити, ані уникнути. Два останні терміни підкреслюють примусовий характер окремих видів роботи або послуг, які виконуються тимчасово або ж як доповнення до інших обов'язків, у тому числі й громадських.

Комісія та Суд розглянули кілька справ за заявами, в яких піднімалося питання стосовно заборони рабства та підневільного стану, про що йдеться в п. 1 ст. 4. Більшість скарг були подані особами, які перебували в ув'язненні, і жодна з них не була прийнята до розгляду (див. розгляд підпункту (а) в п. 3 ст. 4).

У справі *Ван Дроогенбрьок проти Бельгії* (1982) рецидивіст, якого було передано під нагляд адміністративних органів, скаржився на те, що контроль, під яким він перебував, був підневільним станом згідно з п. 1 ст. 4. Суд не погодився з цим, зазначивши, що обмежувальні заходи не тільки мали тимчасовий характер, а й здійснювалися під судовим наглядом. Суд також підкреслив, що ці заходи не

вплинули на правовий статус заявника настільки, щоб мова могла йти про рабство чи підневільний стан.

У справі *W, X, YiZпроти Сполученого Королівства* (заяви № № 3435-3438/67) четверо юнаків у віці 15—16 років зобов'язалися відслужити у військово-морському флоті по 9 років. Пізніше всі вони попросили звільнити їх в запас, але всім було відмовлено. У своєму зверненні до Комісії юнаки стверджували, що беручи до уваги їхній вік на час укладення угоди, примушування їх виконувати її умови було підневільним станом згідно з п. 1 ст. 4. Визнаючи заяву неприйнятною. Комісія зазначила, що військова служба може розглядатись як виняток із п. 2 ст. 4, але не розглядається як підневільний стан відповідно до п. 1 ст. 4. Вона також зауважила, що держава одержала дозвіл від батьків неповнолітніх, які бажали служити на флоті, як того вимагало національне законодавство. Дозвіл було отримано в усіх чотирьох випадках, і тому кожен юнак був зобов'язаний відслужити цей дев'ятирічний строк. Комісія окремо відзначила, що такий дозвіл позбавляє працю або службу примусового характеру.

Предметом розгляду були також справи, пов'язані з положеннями п. 2 ст. 4, де забороняється примусова чи обов'язкова праця, та п. 3 ст. 4, де визначено чотири винятки з цього загального положення. До останнього часу Суд лише в одному випадку визнав порушення заборони примусової чи обов'язкової праці. В основі цієї справи лежала дискримінація за ознакою статі, оскільки уряд, проти якого була подана заява, звертався лише до чоловічої частини населення, а не до жінок, коли йшлося про вибір між проходженням служби в пожежній бригаді і виплатою компенсаційного відшкодування замість проходження такої служби *{Карлхайнц Шмідт проти Німеччини* (1994)).

Не розробляючи власного визначення терміна «примусова чи обов'язкова праця», Суд звернувся до дефініцій, що використовуються у відповідних конвенціях Міжнародної організації праці (МОП). Наприклад, у справі *Ван дер Мюссель проти Бельгії* (1983) молодий бельгійський адвокат скаржився на те, що зобов'язання без подальшої компенсації за роботу чи відшкодування відповідних витрат представляти в суді підсудних, які не мають коштів для оплати правової допомоги захисника, є порушенням п. 2 ст. 4. Суд почав розгляд справи з цитування ст. 2 Конвенції № 29 МОП, де примусова праця визначається як «праця або послуги, що вимагаються від особи під загрозою покарання, і які ця особа не збиралася виконувати добровільно». Не знайшовши порушення п. 2 ст. 4, Суд відзначив також декілька деталей: ця робота входила до звичайного кола обов'язків адвоката, сприяла його професійному зростанню і не була занадто обтяжливою. Суд також відзначив, що бельгійська система призначення захисників для осіб, які не мають коштів для оплати правової допомоги, не тільки гарантує право на захисника відповідно до підпункту (с) п. 3 ст. 6, а й становить собою «звичайні громадянські обов'язки» згідно підпункту (d) п. 3 ст. 4.

Комісія розглянула кілька звернень, в яких представники різних професій стверджували, що зобов'язання, згідно з яким вони повинні були надавати послуги конкретного характеру або в конкретній місцевості, порушували п. 2 ст. 4 Конвенції. Як і слід було очікувати, більшість цих звернень надійшла від представників правничої професії. У справі *Іверсена* (заява № 1468/62) вже норвезький дантист стверджував, що порушенням п. 2 ст. 4 було примушування його обслуговувати пацієнтів у віддаленій частині країни після того, як зазнали поразки усі спроби знайти спеціаліста, що бажав би оселитися у цій частині країни. Окремі члени Комісії визнали, що таке примушування виконувати обов'язок може бути виправдане на підставі положень підпункту (с) п. 3 ст. 4, а саме: «надзвичайної

ситуації або стихійного лиха, що загрожує життю чи благополуччю суспільства». Інші члени Комісії дійшли висновку, що обмежений термін цієї роботи, належна винагорода та характер послуг, що мали бути надані, відповідали професії, яку обрав собі заявник.

Комісія визнала неприйнятними кілька справ з посиланням на положення підпункту (Ь) п. 3 ст. 4, і це виключило з поняття «примусова або обов'язкова праця» альтернативну службу, проходження якої є обов'язковим у разі відмови від військової служби через переконання у країнах, де така відмова визнається. Це положення не зобов'язує Високі Договірні Сторони визнавати відмову від військової служби на підставі переконань або ж звільняти від альтернативної служби осіб, які відмовилися від військової служби на підставі переконань.

Ще одним суб'єктом міжнародно-правового регулювання праці є спеціалізований орган ООН — Міжнародна організація праці (МОП). МОП була заснована урядами низки країн згідно з рішенням Паризької конференції 11 квітня 1919 р. з метою міжнародного співробітництва для усунення соціальної несправедливості шляхом поліпшення умов праці. На сьогодні членами МОП є 174 держави. Україна є членом МОП з 1954 р. Головним принципом роботи МОП є трипартизм, який означає, що формування майже всіх органів МОП базується на основі трьохстороннього представництва — від урядів, представників працівників і підприємців (роботодавців). Отже, кожна держава представлена чотирма делегатами: двома — від уряду, по одному — від підприємців і працівників. Вищий орган МОП — Міжнародна конференція праці (Генеральна конференція), яка скликається щорічно і складається з делегатів усіх держав — членів МОП. До компетенції Генеральної конференції входить прийняття міжнародних конвенцій : рекомендацій, визначення завдань і напрямів діяльності МОП, внесення змін до :"і Статуту, прийняття у члени МОП окремих держав, спостереження за застосуванням державами ратифікованих ними конвенцій, а також рекомендацій МОП.

Згідно зі Статутом МОП одним з головних напрямів діяльності цієї організації є нормотворчість, тобто створення міжнародних трудових стандартів. МОП приймає конвенції та рекомендації, що стосуються різних аспектів праці. Конвенції приймаються Генеральною конференцією більшістю голосів присутніх делегатів. Конвенція набуває статусу багатосторонньої міжнародної угоди після ратифікації її як мінімум двома державами — членами МОП і з цього моменту накладає певні зобов'язання як на ті держави, що ратифікували її, так і на держави, що цього не зробили. Для окремої держави — члена МОП конвенція стає юридично обов'язковою тільки після ратифікації її вищим органом державної влади (конвенції містять правила також про порядок їх денонсації). У разі ратифікації конвенції держава зобов'язана прийняти законодавчі акти для проведення її в життя і раз на 2—4 роки подавати в МОП доповіді щодо вжитих заходів щодо ефективного застосування ратифікованої конвенції.

Рекомендація не є міжнародним договором, її не потрібно ратифікувати. Рекомендація є побажанням, пропозицією ввести відповідні норми до національного законодавства. Рекомендація доповнює, уточнює і деталізує положення конвенції, дає можливість вибору державам при застосуванні міжнародної норми. Рекомендація подається уряду держави — члена МОП з тим, щоб її положення шляхом прийняття закону або іншого нормативно-правового акта набули юридичної сили.

МОП приймає міжнародно-правові акти у сфері праці у таких напрямах, як: право на працю, заборона примусової праці, право на колективні переговори, право на страйк, зайнятість і працевлаштування, умови праці, охорона праці,

соціальна співпраця працівників і роботодавців, мирні засоби вирішення трудових конфліктів, право працівників на створення професійних організацій тощо.

Систематизовані конвенції і рекомендації МОП утворюють Міжнародний кодекс праці. З 1919 р. МОП прийняла 181 конвенцію і 188 рекомендацій з широкого спектра питань у сфері праці.

Право на працю — одне з основних прав людини. Уперше це право було проголошене у Загальній декларації прав людини. Стаття 23 Декларації проголошує, що кожна людина має право на працю, вільний вибір роботи, справедливі і сприятливі умови праці та захист від безробіття. У Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права зазначається, що право на працю — це право кожної людини на отримання можливостей заробляти собі на життя працею, яку вона вільно обирає або на яку вільно погоджується. Міжнародно-правові акти про працю підкреслюють неприпустимість примусової праці. Європейська конвенція про права людини (1959 р.), Конвенція МОП № 29 про примусову або обов'язкову працю (1930 р.) визначають примусову працю як будь-яку роботу або службу, що вимагається від будь-якої особи під загрозою покарання, якщо тільки ця особа не запропонувала добровільні послуги. При цьому зазначається, що не є примусовою праця, що застосовується в зв'язку з надзвичайними (непереборними) обставинами, внаслідок законів про обов'язкову військову службу, а також що виконується внаслідок судового вироку. Конвенція № 105 про скасування примусової праці вказує на неприпустимість примусової праці як засобу політичного впливу (виховання) або як міри покарання за наявність чи за висловлення політичних поглядів (переконань), протилежних встановленій політичній, соціальній або економічній системі. Україна, що ратифікувала названу конвенцію, закріпила у ст. 43 Конституції заборону використання примусової праці відповідно до міжнародно-правових стандартів.

3.6. Право на свободу і особисту недоторканність. Свобода пересування.

Стаття 5 Європейської конвенції гарантує право кожного на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи інакше ніж відповідно до процедури, встановленої законом, і в таких випадках, як:

а) законне ув'язнення особи після її засудження компетентним судом;

b) законний арешт або затримання особи за невиконання законної вимоги суду або для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, передбаченого законом;

с) законний арешт або затримання особи, здійснені з метою припровадження її до встановленого законом компетентного органу на підставі обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо є розумні підстави вважати за необхідне запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення;

d) затримання неповнолітнього на підставі законного рішення з метою застосування наглядових заходів виховного характеру або законне затримання неповнолітнього з метою припровадження його до встановленого законом компетентного органу;

є) законне затримання осіб для запобігання поширенню інфекційних захворювань, законне затримання психічно хворих, алкоголіків або наркоманів чи бродяг;

f) законний арешт або затримання особи, здійснені з метою запобігання її незаконному в'їзду в країну, чи особи, щодо якої вживаються заходи з метою депортації або екстрадиції.

Згідно з ч. 2 цієї статті кожного заарештованого має бути негайно поінформовано зрозумілою для нього мовою про підстави його арешту і про будь-яке обвинувачення проти нього.

Кожен, кого заарештовано або затримано згідно з положеннями підпункту (с) п. 1 цієї статті, має негайно постати перед суддею чи іншою службовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу, і має право на судовий розгляд >продовж розумного строку або на звільнення до початку судового розгляду. Таке звільнення може бути обумовлене гарантіями явки в судове засідання.

Частина 4 ст. 5 Європейської конвенції гарантує кожному, кого позбавлено :вободи внаслідок арешту або затримання, право на судовий розгляд, при якому суд без зволікання встановлює законність затримання і приймає рішення про звільнення, якщо затримання є незаконним.

Відповідно до ч. 5 Європейської конвенції, кожен, хто є потерпілим від арешту або затримання на порушення положень цієї статті, має захищене позовом право на відшкодування.

Серед багатьох тисяч звернень, які щороку надходять на адресу Європейського суду з прав людини, найбільша їхня кількість — це скарги на порушення ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (право на справедливий суд) і ст. 5 (право на свободу і особисту недоторканність). Тобто порушення цих прав найбільше турбують жителів Європи, і саме ці права вони готові захищати на будь-якому рівні, включаючи Європейський суд з прав людини. По цих двох статтях вже існує досить значна судова практика. Водночас система прецедентного права, на основі якої побудований контрольний механізм Європейської конвенції, змушує постійно стежити за новими судовими рішеннями, оскільки в них містяться нові підходи, тлумачення, що встановлюють нові європейські стандарти в галузі прав людини.

У самому тексті Європейської конвенції часто зустрічаються так звані оціночні судження». За їх тлумаченням необхідно звертатися до рішень Європейського суду з прав людини. Застосовуючи норми матеріального права, Суд намагається уникати загальних тлумачень. Рішення приймається, виходячи з обставин конкретної справи. Це відрізняється від принципів, закладених у нашій правовій системі, коли існує процесуальне законодавство, що регламентує більшість процедурних питань, а норми матеріального права значною мірою деталізовані.

Гарантії захисту права на свободу і особисту недоторканність можна знайти і в текстах Загальної декларації прав людини, Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, у конституціях різних країн, у тому числі у Конституції України, ст. 29 якої дослівно відтворює формулювання тексту Конвенції: «кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність». Це пояснюється тим, що Європейська конвенція була одним із джерел, яким користувалися наші законодавці під час розроблення Конституції. У Конституції Білорусі, наприклад, формулювання дещо різниться, проте зміст є схожим: «Держава забезпечує свободу, недоторканність і достоїнство особистості» (ст. 25).

Законодавство України визначає три аспекти права на свободу і особисту недоторканність: фізична недоторканність особи (життя, здоров'я, тілесна недоторканність, статева свобода); моральна недоторканність (захист честі й гідності); психологічна недоторканність (незаконні методи впливу на психіку тощо).

Під правом на свободу в контексті ст. 5 Європейської конвенції слід розуміти фізичну свободу особи, при цьому право на свободу і особисту недоторканність розглядається як єдине сполучення слів і має на увазі захист «від будь-якого

свавільного процесуального чи матеріального зазіхання на особисту свободу» з боку державних органів (рішення у справі *Бозано проти Франції).* Таким чином, під особистою недоторканністю розуміється «гарантія від арешту і попереднього ув'язнення» (рішення у справі *Хпроти Сполученого Королівства).*

Європейському судові неодноразово у своїй практиці доводилося звертатися до поняття «позбавлення волі», до визначення його меж. У справі *Гудзарді проти Італії* Суд визначав різницю між обмеженням права на свободу пересування і позбавленням волі.

Крім того, при розкритті змісту права на свободу і особисту недоторканність слід також враховувати положення Протоколу № 4 до Конвенції. Відповідно до ст. 1 Протоколу № 4, нікого не може бути позбавлено волі лише на підставі неспроможності виконати своє договірне зобов'язання. Стаття 2 гарантує кожному, хто законно перебуває на території будь-якої держави, в межах цієї території має право на свободу пересування і свободу вибору місця проживання. Кожен є вільним залишати будь-яку країну, включаючи свою власну. На здійснення цих прав не встановлюються жодні обмеження, крім тих, що передбачені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної або громадської безпеки, для забезпечення громадського порядку, запобігання злочинам, для охорони здоров'я або моралі чи з метою захисту прав і свобод інших осіб. Перераховані права також можуть у певних місцевостях підлягати обмеженням, що встановлені згідно із законом і виправдовуються суспільними інтересами в демократичному суспільстві.

Стаття 3 Протоколу гарантує, що нікого не може бути вислано, шляхом застосування індивідуальних або колективних заходів, з території держави, громадянином якої він є. Нікого не може бути позбавлено права в'їзду на територію держави, громадянином якої він є.

Розглянемо детальніше.

Отже, в п. 1 ст. 5 Конвенції кожному забезпечено право на свободу та особисту недоторканність. Винятками з цього права є шість типів обставин, які сформульовані в наступних положеннях і які є завершеним переліком винятків із загального правила. Іншими словами, Висока Договірна Сторона не має права створювати додаткові види підстав для арешту або затримання осіб, а повинна діяти в рамках, визначених Конвенцією. На додаток до цього Суд надав чітке роз'яснення винятків, підкресливши, що лише така інтерпретація відповідає завданням цієї статті. Суд визнав, що порушенням п. 1 ст. 5 було позбавлення свободи члена парламенту за незаконне привласнення державних коштів. Підставою було те, що цей парламентар як член уряду брав участь у прийнятті рішення про надання допомоги окремим країнам, які розвивалися. При цьому не було представлено жодного доказу, який би свідчив про те, що участь цього парламентаря в прийнятті такого рішення була незаконною стосовно національного законодавства, та, зокрема, що він отримав якусь фінансову вигоду від ухвали такого рішення (*Луканов проти Болгарії* (1997)). Подібна ситуація склалася, коли національним законодавством з 1995 р. «Свідків Єгови» було визнано як «відому релігію». У результаті цього на законній підставі від військової служби звільнялися служителі культів відомих релігій, а тому позбавлення волі двох служителів культу цієї релігії через їхню відмову служити в армії не було законним з огляду на п. 1 ст. 5 (*Цирліс та Коулумпас проти Греції* (1997)). Навіть у менш очевидних справах Суд часто враховував висновки, ухвалені національними властями або інституціями, що розглядали скарги, пов'язані з положенням цієї статті. У справі *Ранінен проти Фінляндії* (1997) Суд ухвалив рішення про те, що мало місце порушення ст. 5 у

справі, коли фінський омбудсман визнав неприйнятними умови арешту та утримання під вартою особи, яка через свої переконання відмовлялася від військової та альтернативної служби.

У пункті 1 ст. 5 також вимагається, щоб держава позбавляла свободи особу тільки «відповідно до процедури, встановленої законом». Ця вимога обмежує повноваження держави, тому що в практиці Комісії та Суду чітко встановлено, що термін «закон», який використовується в Конвенції, не означає виключно внутрішні законодавчі та підзаконні акти, а має більш широкий та об'єктивний зміст. (Див. нижче розгляд питань щодо обмеження підстав для реалізації прав). У випадку, коли держава позбавляє свободи фізичну особу на більший строк, аніж це передбачено внутрішнім законодавством, таке позбавлення свободи порушує конвенційне положення *(К.-Ф. проти Німеччини* (1997)).

Загалом у ст. 5 розглядається питання про захист фізичної свободи, а також про захист від незаконного арешту або затримання. Як це видно на прикладі кількох заяв, що їх Комісія визнала неприйнятними, стаття не гарантує захисту від менш серйозних форм обмеження особистої свободи, наприклад, при дотриманні правил дорожнього руху, при обов'язковій реєстрації іноземців або громадян, у значній кількості випадків, коли йдеться про нагляд за умовно звільненими особами, запровадження комендантської години або про інші види контролю, які серйозно не обмежують свободу пересування в межах території проживання. Практика Суду свідчить, що питання про те, чи особу було позбавлено свободи з порушенням ст. 5, має вирішуватись у кожній справі окремо з урахуванням усіх обставин. Так, у справі *Енгель та інші проти Нідерландів* (1976) Суд ухвалив рішення про те, що необхідність проживання військовослужбовців у казармах не суперечить ст. 5, тому що таке обмеження «не виходить за межі звичайної військової служби». Водночас подібні обмеження щодо цивільних осіб є неприйнятними. *У* справі *Гущарді проти Італії* (1980) Суд ухвалив рішення про те, що особа,яка була вимушена залишатися на невеликому острові й була обмежена у кількості та різновиді контактів із суспільством, може вважатися такою, яку позбавлено свободи. Але у справі *Ныъсен проти Данії* (1988) Суд, навпаки, прийшов до висновку, що ст. 5 неприйнятна у випадку, коли опікун віддав дванадцятирічного хлопчика до психіатричної лікарні (див. нижче подальший розгляд цієї справи). Таким чином, різниця між позбавленням свободи, яке порушує ст. 5, і обмеженням свободи, коли не відбувається порушення статті, полягає більшою мірою в рівні обмежень, а не в їхній суті.

Варто зазначити, що особа не може відмовитися від прав, гарантованих їй у ст.5. Іншими словами, навіть якщо особа сама здається на ласку властей і висловлює згоду на подальше ув'язнення, таке ув'язнення може бути незаконним та порушувати ст. 5. Суд довів це у справі Де *Вільде, Оомс та Версіп проти Бельгії* (ця справа здебільшого відома як Справа про волоцюг (1971)): Право на свободу в «демократичному суспільстві» за змістом Конвенції є настільки важливим, що особа не може бути позбавленою захисту з боку Конвенції на єдиній підставі — якщо вона добровільно зголосилася на позбавлення волі.

У пункті 1 ст. 5 передбачено, що держава може законно позбавити свободи будь-яку особу на підставі кримінального або цивільного законодавства, пдіпункти (а) та (с) п. 1 ст. 5 знаходяться у сфері кримінального права.У пункті (а) п. 1 ст. 5 встановлено, що держава може ув'язнити особу після її засудження компетентним судом. Суд не визнав порушення цього положення у випадку, коли держава помістила засудженого злочинця до звичайної в'язниці, тоді як національний суд призначив йому відбувати покарання у в'язниці зі

спеціальним медичним обладнанням. Суд відзначив, що за цих конкретних умов основною метою ув'язнення було покарання, а не лікування (Біццотто проти Греції (1996)). У справі *Вемхофф проти Федеративної Республіки Німеччини* (1968) Суд зробив роз'яснення, що держава може утримувати особу в ув'язненні навіть тоді, коли ця особа звернулася із апеляцією, оскаржуючи ухвалений вирок та призначене покарання. З іншого боку, Суд підкреслив, що подальше ув'язнення є неприпустимим, коли рішення про збільшення строку ув'язнення за правопорушення, яке має бути розглянуте в судовому порядку, ухвалюється тюремною адміністрацією *(Дроогенбрьок проти Бельгії (1982)).* Термін «компетентний суд» відповідно до підпункту (а) п. 1 ст. 5 означає компетентний судовий орган, який діє незалежно від виконавчої влади та сторін у даній справі.

У підпункті (с) п. 1 ст. 5 передбачено, що держава може заарештувати або ув'язнити особу з метою припровадження її до встановленого законом компетентного органу на підставі обґрунтованої підозри у вчиненні цією особою правопорушення або якщо є розумні підстави вважати за необхідне запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення. Слід зазначити, що основним дієвим чинником у цьому положенні є *обгрунтованість*, а це залишає державі певні межі розсуду при визначенні критеріїв застосування цього положення. Суд визнав порушення підпункту (с) п. 1 ст. 5 у справі *Фокс, Кемпбелл і Хартлі проти Сполученого Королівства* (1990), в якій уряд Сполученого Королівства заарештував та ув'язнив авторів заяв, підозрюючи їх у терористичній діяльності Ірландської республіканської армії (ІРА), однак обвинувачуваним не було пред'явлено у національному суді відповідних доказів або інформації, які б підтвердили «обґрунтовану підозру у вчиненні правопорушення».

У значній кількості справ піднімалося питання про порушення підпункту (с) п. 1 ст. 5 при застосуванні законів та практики антитерористичного спрямування. Суд визнав, що під час розгляду поданих згідно з підпунктом (с) п. 1 ст. 5 скарг «він обов'язково враховував специфіку терористичних злочинів, загрозу, яку ці злочини становлять для демократичного суспільства та труднощі, які виникають при боротьбі з тероризмом» *(Мюррей проти Сполученого Королівства* (1994)). У справі *Броуген проти Сполученого Королівства* (1988) Суд постановив, що заявники були ув'язнені з метою проведення поліцейського розслідування фактів і обставин, на яких ґрунтувалися конкретні підозри, і тому не було порушено підпункт (с) п. 1 ст. 5. У справі *Лоулесс проти Ірландії* (1961) Суд дійшов висновку, що держава не може нікого позбавляти свободи без попереднього судового розгляду або без наміру провести такий розгляд.

Важливо підкреслити, що будь-яке позбавлення свободи, яке здійснюється згідно з підпунктом (с) п. 1 ст. 5, повинно перебувати під судовим контролем, згідно з положеннями пунктів 3 та 4 ст. 5.

У підпунктах (b), (d), (є) та (1) п. 1 ст. 5 йдеться про позбавлення свободи в контексті цивільного права. У підпункті (Ь) п. 1 ст. 5 визначено дозволені види позбавлення свободи, які застосовуються з метою забезпечити присутність свідка під час розгляду справи у суді, коли йдеться про примусове проходження чоловіками тесту на батьківство або здійснення психіатричного огляду. Цей підпункт також допускає позбавлення свободи з тим, щоб забезпечити виконання особою «будь-якого обов'язку, передбаченого законом». На думку Суду, таке зобов'язання повинно мати точно визначений та конкретний характер, а не бути лише загальним зобов'язанням дотримуватися закону *(Енгель та інші проти Нідерландів* (1976) та *Лоулесс проти Ірландії* (1961)) або «змінити свою поведінку» (Чюлла проти Італії (1989)). Важливо зазначити, що це положення не стосується виконання до-

говірних зобов'язань: у ст. 1 Протоколу № 4 забороняється «позбавляти волі лише на підставі неспроможності виконати своє договірне зобов'язання». У підпункті У підпункті(d) п. 1 ст. 5 Високим Договірним Сторонам дозволяється затримувати неповнолітнього з метою «застосування наглядових заходів виховного характеру» або «з метою припровадження його до встановленого законом компетентного органу». У справі *Буамар проти Бельгії* (1988) Суд ухвалив, що бельгійські органи влади не могли посилатися на «застосування наглядових заходів виховного характеру», виправдовуючи поміщення дитини до ізольованої камери у в'язниці. У справі *Нільсен проти Данії* (1988) датський хлопчик, неодружені батьки якого розійшлися, коли він ще був зовсім маленьким, визнав за краще залишитися з батьком і прожив з ним кілька років, незважаючи на те, суд кількома своїми рішеннями віддавав право на опікунство матері. Врешті-решт мати віддала сина до державної психіатричної лікарні. Навіть визнаючи, що ст. 5 Конвенції захищає «кожну особу» і що в підпункті (d) п. 1 ст. 5 захищаються права неповнолітніх, Суд визнав, що ст. 5 у цій справі неприйнятна, тому що «госпіталізація заявника не була тим позбавленням свободи, яке б відповідало змісту ст. 5, а була здійсненням опікунських прав з боку його матері, яка несла відповідальність за свої дії».

У підпункті (е) п. 1 ст. 5 в окремих випадках дозволяється позбавлення свободи з метою медичного та соціального контролю. У більшості справ, в яких робилося посилання на цю статтю, оскаржувалося примусове утримання в психіатричних лікарнях. У справі *Вінтерверп проти Нідерландів* (1979) Суд сформулював три критерії, які дозволяють точніше визначити поняття «психічно хворий» в рамках підпункту (є) п. 1 ст. 5. По-перше, держава має використовувати обєктивні медичні стандарти при вирішенні питання про те, чи може особа вважатися «психічно хворою». По-друге, характер або ступінь психічної хвороби мають бути достатньо гострими, щоб виправдати примусову госпіталізацію. І по-

третє, держава має право утримувати хворого в лікарні лише протягом часу загострення психічного розладу. Останній критерій передбачає, що хворий, який примусово утримується в лікарні через «психічне захворювання», має право на здійснення періодичного огляду: примусове утримання в лікарні не може тривати

протягом невизначеного періоду. Проте як у справі *Вінтерверп проти Нідердів* (1979), так і у справі *Ешінгдейн проти Сполученого Королівства* (1985) Суд ухвалив рішення про те, що підпункт (є) п. 1 ст. 5 не зобов'язує державу надавати особі, яку тримають в лікарні примусово, особливе лікування з тим, щоб на підставі діагнозу «психічно хворий» перебування цієї особи в лікарні не перевищувало межі необхідних для лікування строків. Держава, наприклад, не може навмисно продовжувати курс лікування психічного захворювання особи, яка вже не має виражених ознак такого захворювання і очікує на звільнення місця в притулку, де забезпечується спеціальний догляд. Коли уряд встановлює подібні умови звільнення особи з лікарні, то він же повинен і вжити належних заходів тим. щоб забезпечити своєчасне виконання цих умов *{справа Джонсон проти Сполученого Королівства* (1997)). Суд розглянув кілька справ про порушення Нідерландами як підпункту (є) 1 ст. 5, так і одного або кількох процедурних положень, які містяться у ст. 5. у справі *Ван дер Леєр проти Нідерландів* (1990) Суд визнав, що уряд Нідерландів порушив пункти 1, 2 та 4 ст. 5, тому що дозволив помістити заявника до психіатрічної лікарні, не поінформувавши його про таке рішення і залишивши без і відповіді його клопотання. У справі *Вассінк проти Нідерландів* (1990) Суд визнав, що процедура, за якою особу можна помістити до психіатричної лікарні на

підставі телефонного опитування, не порушує положень ст. 5, але відсутність секретаря суду під час наступного слухання суперечила національному законодавству і, таким чином, мало місце порушення «вимоги законності». У справі *Кенджбіхарі проти Нідерландів* (1990) Суд визнав, що чотиримісячний строк, протягом якого ухвалювалося рішення про продовження утримання в психіатричній лікарні, становив порушення п. 4 ст. 5.

Комісія та Суд розглянули порівняно небагато справ про порушення підпункту (f) п. 1 ст. 5, який передбачає затримання у зв'язку з імміграцією, пошуком притулку та екстрадицією. Слід зазначити, що Європейська конвенція з прав людини взагалі не гарантує права на політичний притулок. Але вимога до «законності», яку викладено у підпункті (f) п. 1 ст. 5, означає, що Високі Договірні Сторони не можуть довільно здійснювати свої суверенні права в області, що підпадає під юрисдикцію цієї статті *(Бозано проти Франції* (1986)). Суд визнав порушення цього положення у справі *Амююр проти Франції* (1996), в якій йдеться про те, що декілька осіб, які шукали притулку, були затримані в зоці міжнародних вильотів французького аеропорту на майже тритижневий строк і не мали при цьому можливості оскаржити своє затримання.

Серед процесуальних гарантій, передбачених ст. 5 Конвенції, частина є дійсними у випадках, коли особу затримують як у кримінальному, так і в цивільному порядку, а решта є дійсними лише коли особу затримують у кримінальному порядку. Пункт 2 ст. 5, який передбачає право особи бути негайно поінформованою зрозумілою для неї мовою про підстави її арешту і про будь-яке обвинувачення проти неї, стосується випадків позбавлення свободи згідно з нормами як кримінального, так і цивільного права. Суд дійшов висновку про порушення п. 2 ст. 5 у справі *Ван дер Леєр проти Нідерландів* (1990), оскільки органи державної влади Нідерландів не тільки не поінформували жінку, яка пізніше звернулася із заявою до Комісії, про її поміщення до психіатричної лікарні, а й взагалі не поінформували її про факт позбавлення свободи. Комісія та Суд вважають, що при позбавленні волі згідно з нормами як кримінального, так і цивільного права інформація, що надається, не повинна бути такою детальною, як це визначено у п. 3 ст. 6, де йдеться про право на справедливий судовий розгляд.

У пункті 3 ст. 5 вимагається, щоб кожна особа, яку було затримано згідно з підпунктом (с) п. 1 ст. 5, негайно постала перед суддею чи іншою службовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу; у цьому пункті передбачено також процесуальний і матеріально-правовий порядок захисту цієї особи. Як було визнано у постанові Суду у справі *Шіссер проти Швейцарії* (1979), суддя або інша службова особа, якій закон надає право здійснювати судову владу, має вислухати особу, якій пред'явлене обвинувачення. Для цього остання має постати перед судовим органом особисто. У справі Шіссера Суд також визнав, що судовий орган повинен контролювати всі питання, пов'язані з утриманням під вартою, і ухвалити остаточне рішення на підставі об'єктивних правових критеріїв. Щоб мати змогу здійснювати такі функції, судовий орган повинен ухвалювати свої рішення неупереджено, відповідно до процедури та норм, що визначені законом. Суд дійшов висновку про те, що державний службовець, який одночасно виконує ролі обвинувача та слідчого, цим вимогам не відповідає *(Скоогстрьом проти Швеції* (1984) та *Хубер проти Швейцарії* (1990)).

Термін «негайно» у п. 3 ст. 5 є більш жорстким стандартом, ніж термін «без зволікання» у п. 4 ст. 5. Хоча Комісія та Суд не встановлювали тривалості мінімального строку, цілком зрозуміло, що навіть в області, яка покривається заявами, що зроблені згідно зі ст. 15 про відступ від зобов'язань під час надзви-

чайної ситуації, затримання без будь-якого повідомлення на 14 днів і більше без можливості для затриманого постати перед суддею чи іншою посадовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу, порушує ст. 5 в частині п. 3 *(Аксой проти Туреччини* (1996)). У справі *Броуген проти Сполученого Королівства (*1988) Суд визнав, що чотири дні та шість годин є занадто довгим строком, щоб відповідати цій нормі, незважаючи навіть на те, що виникли специфічні труднощі, які були пов'язані з розслідуванням терористичних актів.

Суд визнав, що першопричиною затримання може бути спроба вилетіти літаком з території, на яку поширюється юрисдикція держави *(Ноймайстер проти Австрії* (1968), *Штьогмюллер проти Австрії* (1969) і *Мацнеттер проти Австрії* 1969)), а також загроза вчинення нових злочинів (Мацнеттер). Проте Суд роз'яснив, що п. 3 ст. 5 не передбачає затримання особи державою на невизначений строк. У справі *Штьогмюллера* Суд зазначив, що у разі припинення дії критерію обгрунтованої підозри», який викладено в підпункті (с) п. 1 ст. 5, подальше затримания стає незаконним, зважаючи на положення підпункту (є) п. 1 ст. 5. Суд також зазначив, що навіть якщо «обґрунтована підозра» зберігається, це не є ЕДИНИМ вирішальним фактором, який виправдовує подальше затримання в усіх випадках. У справах *Ноймайстера, Штьогмюллера та Мацнеттера* Суд ухвалив рішення про те, що можливість вносити заставу зведе до мінімуму ризик втечі і зробить подальше затримання на підставі «обґрунтованої підозри» неприйнятним. Проте у справі Мацнеттера Суд ухвалив рішення про те, що ризик вчинення нових злочинів був достатньою підставою для подальшого затримання, однак подібний аргумент було відхилено у справах *Штьогмюллера та Рінгайзена проти Австрії* (1971). Якими б не були мотиви, що виправдовують продовження ув'язнення, держава повинна дуже ретельно підходити до вирішення питання про до-ання судової процедури *(Лєтельє проти Франції* (1991), *Ван дер Танг проти ш* (1995) та *Скотт проти Іспанії* (1996)). Суд не взяв до уваги аргументи держави, згідно з якими довгі строки позбавлення свободи могли застосовуватися на зі правової презумпції, і в результаті було визнано порушення у справах *Ягчі т.а Саргін проти Туреччини* (1995), *Мансур проти Туреччини* (1995), при цьому було піддано сумніву доречність правової презумпції, згідно з якою кожна особа, їку звинувачено у вчиненні тяжкого злочину, може вдатися до втечі.

Пункт 3 ст. 5 також гарантує право на судовий розгляд упродовж розумного строку, якщо затриману особу не було звільнено. Мета цього положення — запобігти затриманню на невизначений строк протягом часу, коли держава розслідує справу. Суд визнав порушення цього положення у випадку, коли чоловік, який ще на початку розслідування зізнався у вчиненні злочинів, у яких його було обвинувачено, протягом чотирьох років перебував у попередньому ув'язненні

(Мюллер проти Франції (1997)). Як Суд зазначив у справі *Вемхофф проти Федеративної Республіки Німеччини* (1968), справа обвинуваченого, якого заарештовано,має пріоритет порівняно зі справами обвинувачених, які перебувають на волі. Але одночасно Суд відзначив, що тимчасове звільнення обвинуваченого з-під арешту не скасовує його права на судовий розгляд упродовж розумного строку. Критерій «розумний», який вміщено у п. 3 ст. 5, не ототожнюється з нормою справедливого судового розгляду, яка викладена в п. 1 ст. 6.

Пункт 4 ст. 5 передбачає, що особа, яку було позбавлено волі в результаті арешту або затримання, має право опротестувати у суді законність таких дій. Цей протест повинен розглядатися невідкладно, і якщо суд визначить таке затримання як незаконне, особа має бути негайно звільнена. Пункт 4 ст. 5 є автономним за змістом навіть якщо підстави для затримання особи є прийнятними згідно з

іншими умовами ст. 5, державу може бути визнано винною у порушенні лише одного цього положення. Норма п. 4 ст. 5 передбачає наявність контролю за законністю затримання.

Більшість справ за п. 4 ст. 5 пов'язані зі скаргами на відсутність періодичного контролю за законністю затримання, що є порушенням статті. Комісія та Суд виробили досить послідовну практику з цього питання. Затримання, що мало місце внаслідок рішення компетентного суду згідно з підпунктом (а) п. 1 ст. 5, різниться від інших форм затримання, які стосуються головним чином сфери дії п. 4 ст. 5. Комісія та Суд взяли за вихідний стандарт появу нових обставин або зміну попередніх обставин, які стосуються затриманої особи, щоб зумовити перегляд попереднього, можливо, цілком законного рішення про затримання. У справах *Хуссейн проти Сполученого Королівства (1996) та Сінгх проти Сполученого Королівства* (1996) Суд постановив, що неповнолітні особи, яких було засуджено до позбавлення свободи протягом усього строку покарання *(tariff)* (пізніше тривалість цього строку була визначена так: «наскільки на це буде ласка її Величності»), мали право вимагати перегляду того часу перебування в ув'язненні, яке мало місце після закінчення визначеного спочатку терміну покарання. Підставою для цього було те, що при подібному ув'язненні потрібно враховувати небезпеку, яку ці особи становлять для суспільства. У справі *Вінтерверп проти Нідерландів* (1979) Суд ухвалив, що особа, яку було позбавлено свободи, повинна мати право через деякий час «подавати скаргу» з вимогою перегляду законності позбавлення свободи. У справі *Безікері проти Італії* (1989) Суд роз'яснив, що інтервали часу для перегляду рішень про продовження терміну попереднього ув'язнення мають бути відносно короткими, тоді як інтервали часу для утримання в психіатричних лікарнях можуть бути довшими, якщо це не порушує Конвенцію. У цій справі інтервал у п'ять з половиною місяців для перегляду другого подання про звільнення з-під арешту був визнаний занадто довгим. У справі *Де Йонг, Бальєт і Ван ден Брінк проти Нідерландів* (1984) Суд дійшов висновку, що строк від шести до одинадцяти днів є занадто довгим для того, щоб чекати на першу перевірку рішення про затримання. Удвох справах про перевірку рішень щодо утримання в психіатричних лікарнях Суд також констатував, що чотири місяці (*Кенджбіхарі проти Нідерландів* (1990)) та вісім тижнів (*Е проти Норвегії* (1990)) були занадто великим строком.

Хоча процедура *habeas corpus* може і не відповідати всім вимогам справедливого судового розгляду, про який йдеться у ст. 6 Конвенції, Комісія та Суд підкреслили, що треба дотримуватися певних стандартів справедливого судового розгляду відповідно до п. 4 ст. 5. Принципів справедливого розгляду потрібно дотримуватися також у випадках, коли держава при позбавленні свободи окремої особи як причину визначає загрозу державній безпеці. Для того щоб визначити порушення п. 4 ст. 5 у справі *Шагал проти Сполученого Королівства*, Суд зробив наступні зауваження.

Суд визнає, що коли йдеться про державну безпеку, є випадки, коли не можна уникнути використання конфіденційних матеріалів. Однак це не означає, що державні органи стають непідконтрольними національним судам відразу після того, як цими органами буде визнано, що справа має відношення до національної безпеки чи пов'язана з тероризмом (...) [І]снують технології, що дають змогу одночасно брати до уваги законну потребу органів безпеки зберігати в таємниці способи та джерела походження оперативної інформації, та, з іншого боку, враховують необхідність здійснення судової процедури відповідно до вимог справедливого судочинства.

У справі *Санчес-Райсе проти Швейцарії* (1986) Суд ухвалив рішення про те, що принцип змагальності і рівності шансів має застосовуватися також до процедур *habeas corpus.* У справі *Ламі проти Бельгії* (1989) Суд визначив, що обвинувачений повинен мати право доступу до матеріалів справи, які були використані органами провадження слідства при перевірці рішення про попереднє затримання обвинуваченого. А у справі *Буамар проти Бельгії* (1988) Суд вказав на те, що коли скаргу стосовно перегляду законності затримання подає неповнолітня особа, то цій особі може бути надано юридичну допомогу з тим, щоб були дотримані основні процесуальні права, гарантовані у п. 4 ст. 5.

Слід відзначити, що в п. 4 ст. 5 вимагається, щоб держави, які є сторонами Конвенції, запровадили на національному рівні ефективні засоби правового захисту. У справі *Сакік та інші проти Туреччини* (1997) Суд визнав порушення нього положення у зв'язку з тим, що уряд не зміг представити жодного прикладу, коли особа успішно скористалася п. 4 ст. 5 або відповідною статтею Конституції Туреччини.

У кількох справах було зроблено посилання на п. 5 ст. 5, який передбачає право на відшкодування «кожному, хто є потерпілим від арешту або затримання на порушення положень цієї статті». Для того, щоб Комісія та Суд визнали порушення п. 5 ст. 5, необхідно спочатку встановити порушення одного або кількох прав, що гарантуються попередніми пунктами цієї статті *(Мюррей проти Сполученого Королівства* (1994)). Важливо зазначити, що право на відшкодування за цією статтею є правом, яке заінтересована сторона оскаржує перед державними органами своєї держави, це саме стосується і решти інших прав, які визначені в розділі І Конвенції. Так, п. 5 ст. 5, подібно до п. 4 ст. 5, є засобом захисту права на національному рівні, які Суд може розглядати при тлумаченні інших статей Конвенції. У вже згадуваній справі Сакіка Суд визнав порушення п. 5 ст. 5 на підставі того, що уряд Туреччини не зміг довести, що хоча б одна особа отримала компенсацію відповідно до норм національного законодавства, яке уряд визначив як чинне. У справі *Цирліс та Коулумпас проти Греції* (1997) Суд також ухвалив рішення про порушення п. 5 ст. 5; заявники були позбавлені свободи всупереч нормам національного законодавства і п. 1 ст. 5 Конвенції. Національні судові органи відмовили їм у виплаті компенсації за незаконне ув'язнення, мотивуючи не тим, що таке ув'язнення було наслідком грубої помилки, якої припустились . імі заявники.

З іншого боку, ст. 41 Конвенції надає Європейському суду з прав людини право за певних обставин ухвалювати рішення про «справедливу сатисфакцію» потерпілій стороні. Суд постановив, що ці два положення не виключають одне одного, і навіть якщо потерпілий вже отримав відшкодування відповідно до п. 5 ст. 5, це не перешкоджає Суду переглянути питання і за ст. 41 *(Броуген та інші проти Сполученого Королівства* (1988) та *Чюлла проти Італії* (1989)).

3.7. Право на справедливий судовий розгляд.

Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод у ст. 6 гарантує право на справедливий судовий розгляд. Згідно з її положеннями кожен при вирішенні питання щодо його цивільних прав та обов'язків або при встановленні обґрунтованості будь-якого кримінального обвинувачення, висунутого проти нього, має право на справедливий і відкритий розгляд упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом. Судове рішення проголошується публічно, але преса і публіка можуть не допус-

катися в зал засідань протягом усього судового розгляду або якоїсь його частини в інтересах збереження моралі, громадського порядку або національної безпеки в демократичному суспільстві, якщо того вимагають інтереси неповнолітніх або захист приватного життя сторін чи в разі крайньої необхідності, якщо, на думку суду, в особливих випадках публічність розгляду може зашкодити інтересам правосуддя.

Частина 2 ст. 6 Європейської конвенції передбачає, що кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено згідно із законом.

Відповідно до ч. 3 Європейської конвенції, кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, має щонайменше такі права:

а) бути негайно і детально поінформованим зрозумілою для нього мовою про характер і причину обвинувачення проти нього; >

b) мати достатньо часу і можливостей для підготовки свого захисту;

с) захищати себе особисто чи використовувати правову допомогу захисника, обраного на власний розсуд, або — якщо він не має достатніх коштів для оплати правової допомоги захисника — одержувати таку допомогу безоплатно, якщо цього вимагають інтереси правосуддя;

d) допитувати свідків обвинувачення або вимагати їхнього допиту, а також вимагати виклику і допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення;

є) якщо він не розуміє мову, яка використовується у суді, або не розмовляє нею, — отримувати безоплатну допомогу перекладача.

Ця стаття разом із прийнятими додатковими протоколами за своїм змістом збігається зі статтями 8 і 10 Загальної декларації прав людини і ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права. Зазначені статті займають особливе місце в системі правових норм про права людини й основні свободи, тому що в них гарантується найбільш надійна та ефективна система захисту прав і свобод — механізм судового захисту.

Європейський суд неодноразово заявляв про особливо важливе місце, що займає в демократичному суспільстві право на справедливий судовий розгляд. Варто зазначити, що численні скарги, що надходять до Європейського суду з прав людини, часто пов'язані саме з порушенням ст. 6 Конвенції. Це пояснюється, зокрема, й тим, що скарги на порушення інших статей Конвенції часто виникають внаслідок порушення вимог до справедливого правосуддя. До таких справ входить і низка справ проти України, зокрема, такі: *Півень проти України, Трегубенко проти України, Сем Меріт проти України, Світлана Науменко проти України, Войтенко проти України, Жовнер проти України, Шмалько проти України, Ромашов проти України, Бакай та інші проти України, Деркач і Палек проти України*.

Стаття 55 Конституції України зазначає, що «Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань». Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується (ч. 3 ст. 8 Конституції).

Українське законодавче регулювання доступу до суду має загальнодозвільний характер, гарантує право на звернення у судові інстанції та оскарження рішень органів влади й посадових осіб.

Юрисдикція судів поширена на всі правовідносини, що виникають у державі. Однак розширення юрисдикції судів, розвиток суспільних відносин та ускладнення їхнього правового регулювання призвели також до перевантаження судової системи. Тому судді нерідко самі створюють штучні перешкоди для доступу до правосуддя, зокрема відмовляють у прийнятті заяв. Велика завантаженість зумовлює порушення розумних строків вирішення судових справ. На сьогодні відсутні достатні правові механізми, які б давали можливість оскаржувати у судовому порядку бездіяльність суддів, зокрема зволікання з вирішенням судових справ. Єдиний спосіб вплинути на суддю у таких випадках — це звернення до суб'єктів, які мають право ініціювати дисциплінарне провадження.

Показниками доступності правосуддя як вимоги, що є складовою права на справедливий судовий розгляд, у будь-якій державі вважаються:

—відсутність необґрунтованих перешкод для звернення до суду за захистом та одержання своєчасного судового захисту;

—обізнаність людей про систему судів, порядок звернення до них та судову практику;

—наявність оптимальної системи судових витрат та розвинутих механізмів надання правової допомоги для найбідніших верств населення;

—виконання судових рішень.

Серед найбільш поширених порушень цієї вимоги можна назвати такі:

—недоступність або недостатня чіткість інформації, необхідної для звернення до суду;

—відсутність доступних для населення консультацій з правових питань;

—недоступність текстів судових рішень для осіб, які не є безпосередніми сторонами справи; неофіційна і вибіркова їх публікація;

—розмір судових витрат часто стає перешкодою для звернення до суду найбідніших верств населення; неефективність механізмів надання державою допомоги у несенні судових витрат у цивільних та адміністративних справах для малозабезпечених верств населення;

—низька якість безоплатної правової допомоги;

—незадовільний стан матеріального і фінансового забезпечення судів та ін.

Ще однією умовою реалізації права на справедливий судовий розгляд є публічність розгляду справ. Судова процедура може вважатися справедливою тільки тоді, коли вона спрямована на забезпечення верховенства права та заснована на засадах законності, рівності учасників процесу перед законом і судом, змагальності, диспозитивності, гласності й відкритості, обов'язковості виконання судових рішень. Будь-які обмеження цих засад можливі тільки як виняток і лише у передбачених законом, обґрунтованих випадках, необхідних у демократичному суспільстві.

Публічність і гласність вимагає від суду забезпечити сторонам право знати про час і місце судового засідання у їхній справі, право бути вислуханим у суді, а також знати про всі ухвалені рішення в їхній справі. Негласне проведення судових засідань позбавляло б сторони та інших учасників судового процесу будь-яких гарантій для доведення обґрунтованості своєї позиції.

Відкритість судового процесу надає особам, які не причетні до судової справи, право бути присутніми у судових засіданнях. Відкритим має бути також доступ до судової статистики і судових рішень.

Правова визначеність є одним з основних напрямів справедливості суду та досягається насамперед завдяки однозначності і чіткості законодавства. Водночас суд, застосовуючи положення закону, повинен враховувати його цілі і давати таке тлума-

чення, яке утверджуватиме принцип верховенства права. Відкритий доступ до судових рішень повинен стати однією з найефективніших форм контролю громадськості за діяльністю судової влади. Крім того, відкритість судових рішень сприятиме однаковому застосуванню законів і передбачуваності результатів вирішення аналогічних справ. Обмеження щодо відкритості судових рішень можуть бути встановлені відповідно до закону і тільки в інтересах нерозголошення конфіденційної інформації про особу чи іншої таємниці, що охороняється законом.

Важливою гарантією права на справедливий судовий розгляд є розгляд справи упродовж «розумного строку», що гарантує ст. 6 Європейської конвенції. Вказана гарантія підкреслює важливість того, що правосуддя повинно здійснюватися без затримок, які можуть підірвати його ефективність та довіру до нього.

Критерій «розумний строк», про який йдеться у п. 1 ст. 6, є суб'єктивним поняттям, що може варіюватися залежно від того, які саме справи розглядаютьбя — цивільні чи кримінальні. Складність справи, підхід органів влади до розгляду конкретної справи, окремі аспекти поведінки заявника, що могли вплинути на продовження строку розгляду, а також певні обставини, які виправдовують більш тривалий строк судового розгляду, є тими факторами, які Комісія та Суд беруть до уваги, з'ясовуючи, чи відповідає судова процедура стандартам «розумного строку».

Суд встановив, що при розгляді кримінальних справ цей строк починається з моменту, коли «компетентний орган вручає особі офіційне повідомлення із звинуваченням цієї особи у вчиненні кримінального злочину» *(Де Вейєр проти Бельгії* (1980)). У справі *Еклє проти Федеративної Республіки Німеччини* (1982) Суд додав «критерій, за яким з'ясовується, наскільки така ситуація вплинула на становище підозрюваної особи». Подібний стандарт використовується і при вирішенні питання про те, чи слід вважати заявника особою, яка вчинила кримінальний злочин. У справі Еклє процес тривав 7 і 10 років. В іншій справі Суд визнав, що розгляд справи в національних судових інстанціях протягом шести років (ще шість років тривала процедура судового розгляду в Страсбурзі) відповідав стандартам «розумного строку» згідно зі ст. 6 *(Претто та інші проти Італії* (1983)). Суд відхилив аргументи уряду стосовно того, що недостатня кількість персоналу та загальні адміністративні проблеми є достатнім виправданням порушенню критерію «розумного строку» *(ДеКюббе проти Бельгії* (1984) та *Гуінчо проти Португалії* (1984)).

Усі розглянуті вище справи були пов'язані з кримінальним судочинством. У контексті цивільного судочинства Суд визнав порушення ст. 6 у випадках, коли процес розлучення тривав дев'ять років *(Бок проти Федеративної Республіки Німеччини* (1989)), коли при розгляді справи знадобилось сім років і сім місяців для переходу з суду першого адміністративного рівня до рівня Державної ради *(Н. проти Франції* (1989)), а також коли остаточне рішення у справі про відшкодування збитків було винесене через шість років та сім місяців *(Невеш і Сільва проти Португалії* (1989)). У випадку, коли при розгляді позовів у порядку цивільного судочинства держава встановлює складні і такі, що взаємо перехрещуються, адміністративні та судові механізми, і якщо в результаті цього збільшуються строки розгляду позовів, це може становити порушення п. 1 ст. 6 *(Гійємен проти Франції* (1997)). Суд не взяв до уваги аргументи уряду стосовно того, що тривалість розгляду справи може бути виправдана політичними обставинами у випадку, коли такі обставини виникли вже через декілька років після початку розгляду справи у суді *(Паммель проти Німеччини* (1997) та *Пробстмайєр проти Німеччини* (1997)).

Хоч Суд і визнає, що при розгляді цивільної справи держава може допускати більшу тривалість строків розгляду порівняно з розглядом кримінальної справи, однак Суд при цьому послідовно дотримується жорстких стандартів, коли йдеться про справи щодо виплати через суд відшкодувань, яких вимагають особи, котрі отримали вірус імунодефіциту під час переливання зараженої крові.

Значення критерію «розумного строку» полягає у встановленні межі стану невизначеності, в якому знаходиться та чи інша особа через пред'явлення їй кримінального обвинувачування чи у зв'язку з цивільно-правовими відносинами. Кінцевим моментом стану невизначеності є момент вступу вироку чи рішення у законну силу чи зняття обвинувачення (закриття кримінальної справи).

Повернення справи на додаткове розслідування є яскравим прикладом порушення як строків розгляду справ, так і безпосередньо прав людини у захисті їхніх прав (проміжна резолюція ResDH(2004)14 стосовно судового рішення Європейського суду з прав людини від 25 липня 2002 р. (остаточне від 6 листопада 2002 р.) у справі *«Совтрансавто-Холдинг» проти України* (прийнято Комітетом Міністрів 11 лютого 2004 р. на 81-й зустрічі міністрів).

Прикладом порушення вимоги щодо розумності строків є рішення Європейського суду, у справі *Меріт проти України* (Європейський суд з прав людини, заява № 66561/01, рішення від 30 березня 2004 р). Пан Меріт, громадянин Ізраїлю, займався в Україні комерційною діяльністю. У зв'язку з підозрою у вчиненні декількох посадових злочинів щодо нього було порушено кримінальну справу, його було затримано і обрано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою. Це сталося у 1998 р. Хоча після того щодо заявника було обрано інші запобіжні заходи — спочатку підписка про невиїзд, а потім зобов'язання з'являтися на виклик органів слідства, і заявник мав можливість залишити територію України, кримінальна справа щодо нього все ще продовжувала розслідуватися, а його майно залишалося під арештом, хоча минуло вже шість років з початку цієї справи.

У цій справі Європейським судом винесено рішення, в якому констатовано порушення прав, гарантованих п. 1 ст. 6 (в частині розумності тривалості провадження у кримінальній справі) та ст. 13 (в частині відсутності ефективних національних засобів оскарження такої тривалості) Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Україна зобов'язана сплатити заявнику 2500 євро моральної шкоди і 1500 євро судових витрат.

З погляду Європейського суду судовий розгляд справи стосовно кримінального обвинувачення має розглядатися в розумні строки. Це поняття є достатньо широким, а тому за роки своєї діяльності Європейський суд неодноразово вказував, шо встановлені три критерії, згідно з якими визначається «розумність» строку розгляду справи: складність справи, поведінка заявника, поведінка органів влади. Виходячи із фактів цієї справи, тривалість розслідування кримінальної справи протягом шести років не могла бути визнана Європейським судом такою, що z лповідає принципу «розумності» строків розгляду справи. Але визначивши, що строк був нерозумним, Європейський суд зробив ще одне зауваження Україні — в рішенні зазначено, що в українському законодавстві відсутній ефективний засіб захисту особи від порушення строків розгляду справ або можливість отримання пенсації у випадку, коли строки все ж такі порушені.

Цікавою щодо розумності строків є справа *Трегубенко проти України.* У ній Європейський суд одностайно визнав порушення Україною п. 1 ст. 6 Європейської конвенції в контексті можливості винесення протесту суддею ВСУ на судове рішення, що вже набуло законної сили. Беручи до уваги фінансовий та соціальний статус заявника, його вік та стан здоров'я, суд визнав, що скасування цього

рішення також становить непропорційне втручання в його права щодо користування своєю власністю. Тому Суд також одностайно визнав порушення ст. 1 Протоколу № 1 Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод і присудив заявнику 3 тис. 536 евро за нанесені йому збитки, а також 5 тис. евро за нанесену йому моральну шкоду.

Важливою гарантією є також незалежність і безсторонність суду. Незалежність судової влади та її рівноправність з іншими гілками державної влади є ознаками правової держави, в якій кожен громадянин має право на захист своїх прав і свобод повноважним, незалежним, неупередженим і об'єктивним судом.

Згідно з Основними принципами незалежності судових органів, схваленими резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй 29 листопада та 13 грудня 1985 р., на кожну державу — члена ООН покладається зобов'язання виділяти відповідні кошти, що давали б змогу судовим органам належним чином виконувати свої функції. Незалежність судових органів гарантується державою і закріплюється в Конституції або законах країни. Усі державні та інші установи зобов'язані поважати незалежність судових органів і дотримуватися її (пункти 1 та 7).

Пункт «б» ч. 2 принципу 1 Рекомендацій Комітету міністрів Ради Європи щодо незалежності судочинства від 13 жовтня 1994 р. зазначає, що виконавча та законодавча влади повинні забезпечити незалежність суддів і протидіяти будь-яким спробам позбавити їх незалежності.

Крім того, Віденська декларація і Програма дій, прийнята на другій Всесвітній конференції з прав людини 25 червня 1993 р., наголосила на необхідності належним чином фінансувати установи, які здійснюють правосуддя (п. 27).

Згідно з положеннями ст. 6 Європейської хартії про статус суддів «судді мають право на винагороду, рівень якої повинен бути таким, щоб вони були захищені від тиску при прийнятті ними рішень і в роботі взагалі. Розмір винагороди може залежати від стажу, від характеру обов'язків, виконання яких доручається суддям у професійній якості, і від важливості завдань, покладених на них, причому оцінка всіх цих факторів повинна проводитися в умовах гласності. Судді, які досягли встановленого законом віку для виходу у відставку із суддівської посади, повинні одержувати пенсію після виходу у відставку, рівень якої повинен бути якнайближчим до рівня їхньої останньої заробітної плати як судді».

При визначенні того, чи є судовий орган незалежним, Європейський суд бере до уваги такі фактори: процедуру призначення його членів; тривалість їхньої служби; існування гарантій, що перешкоджають здійсненню тиску на них, а також те, чи має цей орган зовнішні атрибути незалежності (див. рішення Європейського суду з прав людини у справі *Кемпбелл й Фелл проти Об'єднаного Королівства*, 28 червня 1984 р.).

Європейський суд з прав людини ухвалив, що судовий орган повинен бути незалежним як від виконавчої влади, так і від сторін у справі (див. рішення Європейського суду з прав людини у справі *Рінгайзен проти Австрії*, 16 липня 1971 р.).

Організація судової системи і судочинства повинна запобігати будь-яким можливостям чинити тиск на суддів та виникненню обґрунтованих сумнівів в учасників судового процесу у неупередженості суддів при вирішенні справи (див. наприклад, рішення Європейського суду з прав людини у справах *Енгел (Engel)* та інші *(1976),Джонг (Jong), Бальєт (Baljet)* і *Брінк (Brink)* (1984), *Н.С.М.А. проти Королівства Нідерланди* (1989); *Фіндлі (Findlay)* (1997), *Морріс (Morris)* (2002) *проти Об'єднаного Королівства; Інкал (Incai)* (1998), *Сайнер (Sahiner)* (2001) *проти Туреччини)*. Відповідно до неї, участь військового судді, який перебуває на військовій

службі і має офіцерське звання, незважаючи на наявність деяких гарантій його незалежності, викликає сумнів у його незалежності і неупередженості та є порушенням п. 1 ст. 6 Європейської конвенції (див. рішення Європейського суду з прав людини у справі *Сіраклар проти Туреччини* від 28 жовтня 1998 р.).

У справі *Добертен проти Франції* Європейський суд відзначив ліквідацію у Франції Суду національної безпеки і Паризького військового суду як таку, що покликана поліпшити забезпечення права на справедливий суд, яке захищається п. 1 ст. 6 Конвенції (див. рішення Європейського суду з прав людини у справі *Добертен проти Франції* від 25 лютого 1993 р.).

Складовою права на справедливий судовий розгляд є право на правову допомогу. Європейська конвенція не містить чіткого вираження гарантії права на безкоштовну юридичну допомогу в процесі розгляду цивільних справ. Але Європейський суд виніс рішення, відповідно до якого правова допомога повинна надаватись у тому випадку, коли цього вимагають інтереси правосуддя. Конституція України у ст. 59 закріплює право кожного на правову допомогу.

Згідно з практикою Європейського суду з прав людини, держава повинна гарантувати допомогу правника, якщо «це необхідно для забезпечення реального доступу до правосуддя або у разі, якщо у деяких категоріях справ за внутрішнім законодавством деяких держав-учасниць є обов'язковим юридичне представництво, або ж у разі складності процесу» (див. рішення Європейського суду з прав людини у справі *Айрей проти Ірландії* від 9 жовтня 1979 р.). На виконання стандартів, виведених Європейським судом з прав людини, у більшості держав — членів Ради Європи запроваджено процедури надання правової допомоги безоплатно або за доступну плату і в цивільних та адміністративних справах.

У розумінні Європейського суду право на правову допомогу є передумовою існування та визначальною складовою ширшого за своїм обсягом та значенням права на доступ до суду, гарантованого ст. 6 Конвенції.

Відповідно до Рекомендації № R (93)1 Комітету міністрів Ради Європи, державам-членам щодо ефективного доступу до закону і правосуддя для найбідніших прошарків населення від 8 січня 1993 р., держави мають сприяти ефективному доступу найбіднішого населення до судів, зокрема через надання правової допомоги у судах у всіх змагальних чи незмагальних процесах, покриття вартості правової допомоги. Державам також рекомендується заохочувати створення консультаційних центрів у районах проживання бідних.

Однією з найбільших перешкод реалізації права на справедливий судовий захист є невиконання судових рішень. Скарги на порушення ст. 6 Конвенції у зв'язку' з невиконанням рішень національних судів становлять найбільшу частину серед заяв до Європейського суду з прав людини проти України. Йдеться про невиконання судових рішень у цивільних справах, насамперед щодо стягнення заборгованості з заробітної плати та соціальних виплат.

Європейський суд приділяє особливу увагу тривалості виконання рішення в світлі заходів, вжитих державою для прискорення вирішення внутрішніх систематичних проблем (остаточна ухвала щодо прийнятності у справі Сокур проти України; рішення у справах *Півень проти України, Жовнер проти України, Войтенко проти України, Шмалько проти України, Ромашов проти України).* У своїх рішеннях Суд зазначає, що, не виконуючи рішення суду, державні органи позбавили положення п. 1 ст. 6 будь-якого сенсу.

Необхідно враховувати той факт, що порушення були констатовані через тривалість виконання рішень національних судів. У згаданих справах рішення виконувалися протягом чотирьох-шести років, за що Європейський суд присудив

заявникам до сплати від 2000 до 3200 евро компенсації моральної шкоди кожному. При цьому розмір компенсації значно перевищував суму заборгованості. Тобто, практика Європейського суду свідчить, що розмір присудженої заявнику компенсації значною мірою залежить від строку невиконання рішення суду.

У справі *Шмалько проти України* Європейський суд наголосив, що п. 1 ст. 6 гарантує кожному право на звернення до суду або арбітражу з позовом стосовне будь-яких його цивільних прав та обов'язків. Таким чином, ця стаття проголошує «право на суд», одним з аспектів якого є право на доступ, тобто право подати позов з приводу цивільно-правових питань до суду. Однак це право було б ілюзорним, якби правова система держави допускала, щоб остаточне судове рішення, яке має обов'язкову силу, не виконувалося на шкоду одній зі сторін. Було б незрозуміло, якби ст. 6 детально описувала процесуальні гарантії, які надаються сторонам у спорі, а саме: справедливий, публічний і швидкий розгляд і водночас не передбачала виконання судових рішень. Якщо тлумачити ст. 6 як таку, шо стосується виключно доступу до судового органу та судового провадження, то це могло б призводити до ситуацій, що суперечать принципу верховенства права, який договірні держави зобов'язалися поважати, ратифікуючи Конвенцію. Отже. для цілей ст. 6 виконання рішення, ухваленого будь-яким судом, має розцінюватися як складова судового розгляду.

Європейський суд у цій справі констатував, що не можна було, посилаючись на нібито фінансові труднощі, яких зазнавала держава, перешкоджати заявникові отримати вигоду від ухваленого на його користь судового рішення, що було для нього надзвичайно важливо. Рішення стосувалося надання заявнику компенсації органами державної влади через їхню неспроможність забезпечити заявника Б період з 1996 р. до 1998 р. безкоштовними ліками, які заявник мав приймати щоденно. Тому Європейський суд вважав, що випадок заявника з огляду на його вік. стан здоров'я та природу інвалідності вимагав від відповідних органів виконати рішення суду та виділити необхідні кошти без неналежних затримок. Суд у пін справі присудив заявнику суму 1000 євро компенсації моральної шкоди та 300 євро відшкодування судових витрат.

Справи щодо невиконання судових рішень, як правило, розглядаються Європейським судом за спрощеною процедурою, оскільки не містять складних питань права. Тобто, визначивши, що заява є прийнятною до подальшого розгляду та такою, що може бути розглянута по суті, Суд часто відразу виносить рішення у справі.

Також прикладом невиконання судових рішень є справа *Войтенко проти України,* в якій Суд знайшов порушення п. 1 ст. 6, ст. 13 та ст. 1 Протоколу № І Конвенції. У цій справі уряд частково визнав необхідність виконання рішення, винесеного на користь заявника. Він зазначив, що рішення залишалося невиконаним через відсутність бюджетних коштів та законодавчих заходів. Проте у справі Суд розглядав затримку тривалістю у чотири роки. Належна заявникові сума відшкодування складалася з двох платежів, що підпадали під різні категорії бюджетної класифікації. Тому повна сплата заявникові одного платежу, здійснена у 2001 р., не означала, що відбувся поступовий прогрес у відшкодуванні за іншим платежем. Цей останній період у чотири роки був спричинений тим, шо держава не передбачила відповідних видатків у Державному бюджеті України. Суд вважає, що неможливість заявника домогтися виконання його рішення протягом чотирьох років, крім порушення ст. 6, становить втручання у його право на мирне володіння майном у сенсі п. 1 ст. 1 Протоколу № 1 Конвенції. Як наслідок заявникові було присуджено 2000 євро на відшкодування немайнової шкоди та 33 євро на відшкодування витрат.

Неналежне виконання судового рішення щодо невиплати заборгованості по заробітній платні є також підставою задоволення заяви у справі *Жовнер проти України.* Суд присудив 3200 евро на відшкодування моральної шкоди та 50 евро матеріальної шкоди на користь заявниці.

3.8. Заборона зворотної дії кримінального права.

Стаття 7 Європейської конвенції закріплює принцип «Ніякого покарання без закону». Так, згідно з ч. 1 цієї статті нікого не може бути визнано винним у вчиненні кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії або бездіяльності, яка на час її вчинення не становила кримінального правопорушення за національними законами або за міжнародним правом. Не може також призначатися покарання, тяжче від того, яке застосовувалося на час скоєння кримінального правопорушення. Частина 2 передбачає, що ця стаття не стоїть на перешкоді судовому розглядові і покаранню будь-якої особи за будь-які дії чи бездіяльність, які на час їх скоєння становили кримінальне правопорушення згідно із загальними принципами права, визнаними цивілізованими націями.

Пункт 1 ст. 7 Конвенції захищає особу від покарання за вчинення кримінального злочину, який на час його вчинення законодавчо не кваліфікувався як злочин. У цьому положенні відображено принцип, згідно з яким лише закон може визначати злочин і призначати покарання *(nullum crimen, nulla poena sine lege).* Звідси випливає, що особа повинна знати про заборонені форми поведінки, щоб нести відповідальність за порушення такої заборони. У разі, коли особа може зрозуміти та оцінити ризик, який є наслідком певної поведінки, накладення на цю особу кримінальної відповідальності не спричиняє порушення ст. 7. Суд визначився у загальному підході при застосуванні ст. 7, ухваливши, що еволюція правил кримінальної відповідальності у вигляді судової практики дає в розпорядження заінтересованої особи належні «знання», якщо така еволюція логічно відповідає суті злочину і є логічно передбачуваною. У справах *С. Р. проти Сполученого Королівства* (1995) та *С. В. проти Сполученого Королівства* (1995) Суд, наприклад, ухвалив, що засудження в кримінальному порядку чоловіків за спробу зґвалтування, в одному випадку, і за зґвалтування, в другому випадку, власних дружин не становило порушення ст. 7 Конвенції. При цьому Суд зазначив, що відмова від неприйнятної ідеї, згідно з якою чоловіка не можна переслідувати за зґвалтування власної жінки, відповідає не лише цивілізованій концепції подружнього життя, але, передовсім, основним завданням Конвенції, квінтесенцією якої є захист людської гідності та свободи людини.

Суд також ухвалив, що особа, яка активно займається професійною діяльністю, як правило, зустрічається з різними застереженнями, що пов'язані з її професією, і така особа може сподіватися на отримання юридичних порад у тих зипадках, коли відповідний закон може отримувати різні тлумачення, а за порушення цього закону загрожує кримінальна відповідальність *{Кантоні проти Франції (1996)).*

На відміну від розглянутих вище справ, у справі проти Сполученого Королівства йшлося про те, що заявник, який показав журналісту вже публічно зачитані в суді документи, був визнаний через це винним у неповазі до суду. Комісія визнала заяву прийнятною на тій підставі, що заявник не міг реально передбачити, яким чином суд кваліфікуватиме складові елементи такого правопорушення як «неповага до суду» у контексті загального права, особливо коли врахувати, що ніхто і ніколи до цього не був визнаний винним у подібному злочині (заява № 10038/82). Сторони досягай в цій справі дружнього врегулювання.

Пункт 1 ст. 7 Конвенції також забороняє державі призначати визнаній винною у вчиненні кримінального злочину особі більш тяжке покарання, ніж те, що застосовувалось на час вчинення кримінального злочину. Суд роз'яснив, що поняття покарання за змістом ст. 7 є досить широким і воно потенційно охоплює всі втрати й утиски, яких може зазнати особа від моменту, коли вона скоїла правопорушення. Наприклад, у справі *Уелч проти Сполученого Королівства* (1995) Суд ухвалив рішення про те, що конфіскація власності заявника відповідно до закону, який був ухвалений вже після засудження цієї особи за злочин, за який новий закон передбачав таку міру покарання, становила порушення ст. 7. Подібно до цього у справі *Джаміль проти Франції* (1995) Суд дійшов висновку про те, що було порушено ст. 7 у випадку, коли держава продовжила до 20 місяців строк тюремного ув'язнення особи за несплату митних штрафів, тоді як на час скоєння правопорушення максимальний строк тюремного ув'язнення становив 4 місяці.

Пункт 2 ст. 7 Конвенції не забороняє ретроспективно застосовувати кримінальні закони за будь-які дії або бездіяльність, які на час їх вчинення становили кримінальне правопорушення «згідно із загальними принципами права, визнаними цивілізованими націями». У цьому положенні зроблене посилання на Принципи Нюренберга (і Токіо), в яких розглядаються воєнні злочини. Саме ж формулювання безпосередньо пов'язане зі ст. 38 Статуту Міжнародного суду. Варто зазначити у цьому контексті, що при застосуванні п. 2 ст. 7 використання терміна «цивілізовані нації» передбачає обов'язкове врахування законів та практики держав, які не є Високими Договірними Сторонами Європейської конвенції з прав людини.

3.9. Право на повагу до приватного життя.

Відповідно до ст. 8 Європейської конвенції, кожен має право на повагу до його приватного і сімейного життя, до житла і до таємниці кореспонденції. Частиною 2 передбачено, що органи державної влади не можуть втручатися у здійснення цього права інакше ніж згідно із законом і коли це необхідно в демократичному суспільстві в інтересах національної і громадської безпеки або економічного добробуту країни, з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або з метою захисту прав і свобод інших осіб.

Право на приватність гарантується Конституцією України. Зокрема, ст. 30 захищає територіальну приватність (недоторканність житла), ст. 31 — комунікаційну приватність (таємниця листування, телефонних розмов, телеграфна та інша кореспонденція), ст. 32 — інформаційну приватність («ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України», «не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди»), а ст. 28 — деякі аспекти фізичної приватності («жодна людина без її вільної згоди не може бути піддана медичним, науковим чи іншим дослідам»).

Право на приватність гарантується низкою міжнародних документів, серед яких: ст. 19 Загальної декларації прав людини; статті 6, 8, 10 Європейської конвенції з прав людини та основоположних свобод; Конвенція ООН про доступ до інформації, участь громадськості у процесі вироблення рішень та доступі до правосуддя у питаннях, коли йдеться про захист довкілля (ухвалена в Оргусі, Данія, 25 червня 1998 р.), та Конвенція про захист осіб стосовно автоматизованої обробки даних особистого характеру від 28 січня 1981 р. (ETS № 108);

Декларація про свободу вираження поглядів та інформації, ухвалена 28 січня 1982 р., а також Рекомендація № R (81) 19 про доступ до інформації, яка знаходиться в розпорядженні органів державної влади; Рекомендація № R (91) 10 про повідомлення третім сторонам даних персонального характеру, які зберігаються в державних органах; Рекомендація № R (97) 18 щодо захисту даних персонального характеру, які збираються та записуються для статистичних цілей, а також Рекомендація № R (2000) 13 стосовно європейської політики в питанні доступу до архівів.

Приватність тісно пов'язана з людською гідністю й іншими ключовими цінностями, такими, як свобода асоціацій та свобода слова. Вона стала одним із найбільш важливих питань у галузі прав людини новітнього часу.

Майже всі країни світу визнають право на приватність безпосередньо у своїх конституціях. Щонайменше, такі правові норми передбачають право на недоторканність житла та таємницю кореспонденції. Найновіші конституції, наприклад, Південної Африки та Угорщини містять спеціальні норми щодо доступу та контролю за інформацією особистого характеру.

У багатьох країнах, де приватність не визнано безпосередньо у конституції, наприклад, Сполучених Штатах, Ірландії та Індії, для реалізації цього права суди застосовують інші норми. Зокрема, міжнародні договори, де визнається право на приватність: Міжнародний пакт про громадянські та політичні права або Європейська конвенція про права людини, що є частиною законодавства багатьох країн.

На початку 70-х років XX ст. у різних країнах почали прийматися законодавчі акти з метою захисту приватності. У всьому світі існує загальний рух у напрямі прийняття всеохоплюючого закону, яким встановлювалися б рамки для захисту. Більшість таких законів побудовані на моделях, запроваджених Організацією економічного розвитку та співробітництва й Радою Європи.

У 1995 р., взявши до уваги недоліки законодавства та різний рівень захисту в кожній із держав, Європейський Союз запровадив загальноєвропейську директиву, що має забезпечити громадянам більш широкий обсяг захисту від зловживань їхніми даними. Директива щодо «Захисту осіб у зв'язку з обробкою інформації про особу та відсутністю обмежень на переміщення такої інформації» встановлює основу для національного законодавства. Кожна країна — член Європейського Союзу була зобов'язана внести необхідні зміни в національне законодавство до жовтня 1998 р.

Директивою також накладено зобов'язання на держав-членів забезпечити, щоб інформація особистого характеру щодо громадян держав — членів Євросоюзу передавалася та оброблялася за межами Європейського Союзу тільки у випадках, передбачених законом. Результатом цієї вимоги стало зростання тиску за межами Євросоюзу щодо ухвалення закону з питань приватності. Більше 40 країн вже мають закони з питань захисту даних або захисту приватності в інформаційному законодавстві. Багато інших започаткували процес розробки подібних законів.

Деякими країнами, особливо у Центральній Європі, Південній Африці та Південній Америці ухвалено законодавчі акти з метою захисту від порушень приватності, що допускалися за часів попередніх авторитарних режимів.

У багатьох країнах, особливо в Азії, а також у Канаді, існує розвинене або таке, що активно розвивається, законодавство з метою просування електронної торгівлі. У цих країнах визнають складність роботи із персональними даними споживачів, що відправляються з усього світу. Закон щодо приватності вводиться

як частина правової бази, що має створити необхідні умови для електронної торгівлі шляхом встановлення загальних правил.

У 90-х роках XX ст. майбутній суддя Верховного Суду США Луїз Брандез сформулював концепцію приватності як права особи «бути залишеною у спокої» *(right to be left alone).* Брандез переконував, що приватність — найцінніша із демократичних свобод і виступав за те, щоб це було відображено в Конституції. У преамбулі до австралійської Хартії приватності йдеться, що «вільне та демократичне суспільство вимагає поваги до автономії особи та обмеження повноважень державних і приватних організацій порушувати цю автономію... Приватність є ключовою цінністю, що тісно пов'язана з людською гідністю та іншими ключовими цінностями, як свобода асоціацій, свобода слова... Приватність — фундаментальне право людини, на яке кожна особа може сподіватись». Алан Вестін, автор праці 1967 р. «Приватність та свобода», визначив приватність як прагнення людей вільно вибирати, за яких обставин та до яких меж вони будуть виставляти на показ перед іншими себе, свої переконання та дії. На думку Едварда Блоуштейна, приватність — інтерес людини. Вона захищає незалежність та гідність особи.

На думку Рута Гавісона, існує три складових елементи приватності: таємність, анонімність, усамітнення. Це стан, який може бути втрачено або за вибором самої особи, або через дії іншої особи.

Британський *Calcutt Committee* визначив, що «нами ніде не було знайдено абсолютно прийнятного правового визначення приватності». Але комітет задовольнився можливістю знайти правове визначення і дав його у своєму першому звіті з питань приватності.

Право особи бути захищеною від втручання в її особисте життя та стосунки чи її родини безпосередньо фізичним шляхом або через публікацію інформації.

Інтерес до права на приватність особливо зріс у 60—70-х роках XX ст. з появою інформаційних технологій. Потенційні можливості для стеження з допомогою потужних комп'ютерних систем поставив на перший план вимоги встановлення спеціальних правил щодо збору та обігу інформації особистого характеру. У багатьох країнах це право було відображено в конституціях. Походження сучасного законодавства у цій сфері було закладено першим у світі законом про захист даних, який було введено в дію на землі Гессе у Німеччині в 1970 р. Наступними були національні законодавчі акти Швеції (1973), Сполучених Штатів Америки (1974), Німеччини (1977) та Франції (1978).

З цих законів виникло два надзвичайно важливих міжнародних інструменти. Це — прийнята в 1981 р. Конвенція Ради Європи «Про захист осіб у зв'язку з обробкою інформації про особу та відсутністю обмежень на переміщення такої інформації» та Правила забезпечення захисту приватності у зв'язку із транскордонним переміщенням інформації про особу, встановлені Організацією економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР), якими визначено спеціальні вимоги стосовно обігу електронних даних. Правила, встановлені цими двома документами, були покладені в основу законів про захист даних багатьох країн. Ці Правила визначають інформацію особистого характеру як дані, щодо яких встановлюється захист на кожному рівні їх використання від збору, зберігання до надання. Первинним серед цих Правил є право людини на доступ та внесення змін до своїх даних. Стосовно захисту даних немає великих розбіжностей у різних деклараціях та законах. Усі включають вимоги стосовно інформації особистого характеру. Отже, вона має бути: отримана чесним та законним шляхом; використаною лише із заздалегідь визначеною метою; відповідною до поставленої мети, без зайвої інформації, що виходить за межі визначеної мети; точною і регулярно оновлюватися; знищеною, коли мета досягнута.

Отже, під час розгляду питання про те, чи була порушена ст. 8 Конвенції, необхідно відповісти на такі питання:

чи мало місце втручання у приватне життя; якщо так, то:

чи є це втручання обґрунтованим, а саме:

чи було втручання законним; якщо так, то:

чи переслідувало втручання законну мету; якщо так, то:

чи було втручання необхідним у демократичному суспільстві (зокрема, чи було воно адекватною реакцією на суспільну необхідність, що не потребує зволікань)?

Як згадувалося вище, ст. 8 включає, крім права на повагу до приватного життя, також права на повагу до сімейного життя, житла і кореспонденції.

Щоб визначити поняття «сімейне життя», органи Конвенції вважають за необхідне встановити ступінь кровного споріднення у залучених до справи людей і наявність у них діючих сімейних зв'язків. Сімейне життя у трактуванні ст. 8 включає зв'язки між родичами, наприклад, між батьком, матір'ю і дітьми усередині одного шлюбу, а також між бабусею, дідусем і онуками. Не робиться різниці між «оформленою за законом» і «не оформленою за законом» родиною.

Гомосексуальні стосунки належать до сфери приватного, але не сімейного життя. Стаття 8 має справу з де-факто, а не де-юре сімейним життям між різностатевими людьми, але поки не поширюється на де-факто сімейне життя між одностатевими людьми, що мають тривалі стійкі стосунки.

Стаття 8 гарантує право на повагу до сімейного життя. Це положення не дозволяє особам вимагати права на сімейне життя, наприклад, шляхом вступу у шлюб чи шляхом одержання можливості мати дітей. Воно не ставить за обов'язок державі надавати іноземному громадянину в'їзд на свою територію з метою створення там нових сімейних відносин. Однак вислання особи з держави, де живуть близькі члени його родини, може становити порушення ст. 8.

«Житло» означає місце, де людина проживає осіло. Щоб визначити, чи потрібно вважати те чи інше приміщення «житлом» за змістом ст. 8, суд надає важливого значення цілій низці питань. Серед них такі: чи визначає закон приміщення як житло? Чи має мешканець право власності на нього? Чи мав він на меті перетворити його в постійне місце проживання? Чи має ця людина інше «житло»? Відповідно до деяких рішень, ст. 8 поширюється і на службові приміщення.

Право на повагу до «кореспонденції» є правом на комунікації з іншими людьми, що не перериваються і не є підцензурними. Однак це право перестає діяти, як тільки лист досяг адресата. Поняття «кореспонденція» включає, щонайменше, листи і телефонні комунікації. Захист належить до засобів комунікацій, а не до їхнього змісту (яке звичайно належить до компетенції ст. 10 Конвенції).

Коли постає питання про те, чи мало місце втручання в права, що гарантуються ст. 8 Конвенції, необхідно відзначити, що не всі заходи, які вживаються державою і зачіпають життя окремої людини, можуть вважатися «втручанням» за змістом ст. 8. Найчастіше держава і сама не заперечує, що її дії є втручанням: наприклад, у випадках позбавлення батьківських прав, позбавлення в'язнів права листування, проведення обшуків житла. Сам позивач повинен встановити факт втручання.

Вимога поваги до приватного життя знижується, якщо людина активно займається громадською діяльністю. Під час розгляду прав, гарантованих ст. 8, найскладніше встановити, чи мало місце втручання саме у приватне життя.

Європейський суд свідомо уникає визначення «приватного життя» і надає перевагу, як правило, зосередженню на конкретному питанні. Кількість справ,

пов'язаних із правом на приватне життя (чи приватність, як його часто називають), відносно невелика. Крім того, це поняття стикається з іншими сферами, що захищаються ст. 8 Конвенції: сімейним життям, житлом, кореспонденцією. У низці справ такий збіг був відображений у загальному підході, який був обраний судом стосовно порушень ст. 8, не конкретизуючи, який саме аспект був порушений. Наприклад, у справі Класса обвинувачення у перехопленні комунікацій (пошти і телефонних розмов) було визначено судом як потенційне втручання в сімейне і приватне життя, кореспонденцію і житло.

У справах *Ментес та інші проти Туреччини* і *Кіпр проти Туреччини* Суд вирішив, що навмисне знищення спецслужбами житла і майна заявників торкається всієї сфери прав особистості, які захищаються ст. 8: сімейне життя, приватне життя і житло. Суд ухвалив, що немає потреби у їх розподілі. Вислання осіб, які довгий час проживали у країні, Суд також визначив як втручання у приватне життя за ст. 8.

Якщо вивчати судові прецеденти, можна побачити, що концепція «приватного життя» належить до сфери безпосередньої особистої автономії. Сюди відносяться аспекти фізичної і моральної недоторканності. Концепція виходить за вузькі межі гарантій життя, вільного від небажаної публічності. Вона забезпечує поле, у межах якого кожний може вільно займатися розвитком своєї особистості. Сюди входить право на самоідентифікацію, а також право (можливість) розвивати взаємостосунки з іншими особами, у тому числі емоційні та сексуальні.

Виходячи з цієї концепції, Суд ухвалив, що право на повагу до приватного життя включає фізичну і психологічну недоторканність людини. Гарантії ст. 8 Конвенції, у першу чергу, покликані забезпечити розвиток особистості без втручання ззовні. Сексуальне життя будь-якої людини, без сумнівів, слід віднести до приватного життя. Під дію ст. 8 підпадають також право на прізвище і на ім'я, тому що прізвище та ім'я є засобом ідентифікації особи всередині родини і співтовариства.

Збереження персональних даних, що мають відношення до приватного життя, підпадає під дію ст. 8. Сюди ж належить захист медичних даних.

Такий підхід Суду наштовхує читача на думку, що приватне життя — не суворо окреслене захищене коло, а велика зона з доволі розмитими кордонами. Останні стають усе більш туманними в міру того, як приватне життя зближується із громадською діяльністю. Страсбурзькі інститути, починаючи з рішень за найпершими справами, підкреслювали, що існують обмеження щодо приватного життя. Багато дій держави прямо чи побічно торкаються можливості людини у самореалізації, але не всі вони можуть вважатися втручанням у приватне життя за змістом ст. 8. Так, у рішенні від 1972 р. знайшла відображення точка зору, що вимога поваги до приватного життя автоматично знижується в міру того, як людина дедалі більше й більше займається суспільною діяльністю чи торкається інтересів третіх осіб. У числі розглянутих випадків було рішення про відсутність втручання у приватне життя при фотографуванні людей, які брали участь у публічному заході, і щодо заяв, зроблених у ході публічних слухань. Можна стверджувати, що приватне життя закінчується там, де починається суспільна діяльність. У справі *Фрідла (Frield)* такий підхід вважали цілком доречним. Мова йшла про застосовність ст. 8. Поліція сфотографувала позивача під час публічного заходу і зберігала знімки в досьє. Було вирішено, що фотозйомка не була вторгненням у приватне життя, оскільки була зроблена під час публічного заходу Проте у рішенні говорилося, що допит позивача, здійснений після інциденту, і запис цього допиту дійсно становили втручання в приватне життя позивача, оскільки ці дії належали більше до його особистих справ.

Хоча фотоспостереження за діями осіб у громадських місцях без запису саме по собі не веде до втручання в приватне життя, регулярний чи постійний запис даних можуть означати таке втручання. Суд підтвердив цю позицію у недавній справі *Пека (Peck).* Тема набула розвитку в рішенні Суду за іншою справою, *Перрі проти Великої Британії (Perry* v. *the UK).* Суд вирішив, що звичайне використання відеокамер у громадських місцях, на вулиці чи у приміщеннях, таких, як торгові центри або поліцейські дільниці, де вони служать законним і передбачуваним цілям, не є порушенням ст. 8. Однак у справі *Перрі* поліція змінила кут огляду камери таким чином, щоб одержати ясне зображення позивача, потім змонтувала відеозапис і показала свідкам, щоб ті упізнали його в ході кримінального процесу. Було прийняте рішення, що ст. 8 у цьому випадку застосовна.

Інтерес представляє *справа про ісландських собак.* До 1984 р. закон забороняв жителям столиці Ісландії мати собак. За скаргою одного з городян Суд прийняв рішення, відповідно до якого гаранти ст. 8 не поширюються на взаємостосунки осіб із безпосереднім оточенням, якщо мова не йде про відносини з людьми. Утримання собаки як домашньої тварини, вирішив суд, неминуче вторгається в права інших осіб і суспільства.

Отже, питання «приватності» (що саме заслуговує на захист, якого ступеня захисту) повинні співвідноситися з правами інших осіб і співтовариства. Суд інтерпретував ст. 8 таким чином, що вона накладає і заборону на необгрунтоване втручання, і позитивне зобов'язання у наданні захисту від втручання інших.

У досить спірному рішенні, винесеному не на користь Росії, Суд ухвалив, що ст. 8 застосовна до відмови влади повернути паспорт позивачці після звільнення з ув'язнення. Суд відзначив, що позивачка не навела жодного конкретного прикладу, який би виявляв собою неповагу до її приватного життя. Суд узяв до уваги, що в повсякденному житті російським громадянам найчастіше приходиться засвідчувати свою особистість навіть при здійсненні самих звичайних дій. Внутрішній паспорт необхідний для більш важливих потреб, таких, як влаштування на роботу й одержання медичного обслуговування. Тому позбавлення позивачки паспорта становило постійне втручання в її приватне життя. Відповідно до внутрішнього законодавства країни, паспорт повинен бути повернутий за вимогою особи, звільненої з ув'язнення, а держава не надала доказів того, що відмова повернути його за вимогою позивачки після звільнення з місць позбавлення волі має законну підставу.

Установивши, що розглянута справа має відношення до приватного життя особи у межах ст. 8, Суд розглядає питання про те, чи відповідало втручання в гарантовані ст. 8 права законам країни. Це робиться з метою переконатися у тому, чи обмежені повноваження виконавчої влади щодо свавільного втручання в права людини з боку внутрішньої законодавчої чи судової влади. При цьому концепція «законодавства» не обмежується внутрішніми юридичними нормами, а включає більш абстрактні і загальні уявлення про вимоги поняття «законності».

Щоб вирішити, чи було втручання «законним», потрібно відповісти на питання: чи дозволене втручання внутрішньою законодавчою системою країни? чи є відповідна законодавча норма доступною для громадянина? Іншими словами, чи мав громадянин можливість одержати достатнє для обставин справи уявлення про норми закону, застосовні до цього випадку; чи достатньо точна норма закону, шоб дозволити громадянину передбачати (у розумних межах) можливі наслідки своїх дій; чи надає закон достатні гарантії від свавільного втручання в права?

Позиція Суду така: «Не можна вважати втручання законним, якщо юридичні повноваження виконавчої влади виражаються в термінах необмеженої влади. За-

кон повинен указувати межі будь-яких повноважень компетентної влади і способів їх здійснення. Закон повинен з достатньою ясністю і з урахуванням законної мети конкретного заходу надавати особі необхідний захист від свавільного втручання».

Висновок про те, що втручання не відповідає закону, достатній для висновку про порушення ст. 8.

Держава повинна вказати мету, заради якої вона втручалася у права позивача, гарантовані ст. 8.

Критерій втручання — його необхідність. Але «необхідно» — не синонім «обов'язково», «розумно» чи «бажано». Щодо поняття «демократичне суспільство», Суд висловився так: «Одним з фундаментальних принципів демократичного суспільства є законність, на яку ясно посилається преамбула до Конвенції. Законність передбачає, серед іншого, що втручання з боку виконавчої влади в права осіб повинне бути предметом ефективного контролю. Цей контроль звичайно здійснюється судовою владою (принаймні, як останньою інстанцією), оскільки судовий контроль надає найкращі гарантії незалежності, неупередженості і належної процедури. Демократичне суспільство характеризується плюралізмом, терпимістю, широтою поглядів. Таким чином, держави мають позитивне зобов'язання з забезпечення процедурних гарантій від свавілля як умову обґрунтованості втручання в права, що захищаються ст. 8. Щоб втручання було визнано «необхідним у демократичному суспільстві», воно повинно бути обґрунтовано «гострою соціальною необхідністю». Причини, що наводяться внутрішніми судами для обґрунтування оскаржених заходів, повинні бути достатніми і стосуватися справи.

Суд визнав, що деякі аспекти прав, що захищаються ст. 8, мають більшу «вагу», ніж інші. Це, наприклад, право на сексуальні стосунки. Втручання в такі права дозволено, якщо маються «особливо серйозні причини». Суд розраховує, що європейські країни дійдуть до угоди між собою і встановлять, чи є втручання «необхідним».

Стаття 8 передбачає деякі обмежені рамки, в яких рішення приймає держава. Однак саме органи Конвенції визначають (враховуючи відповідні внутрішні законодавчі і нормативні акти), чи відповідають Конвенції мета і необхідність конкретного втручання в права. Якщо мова йде про особливо важливий аспект існування чи ідентифікації осіб, Суд буде з меншою ймовірністю погоджуватися з тим, щоб державі надавалися більш широкі повноваження приймати рішення. При цьому у справах про транссексуалів Суд припускає широкі повноваження для держави, хоча мова йде про той саме «інтимний аспект приватного життя» (сексуальна ідентифікація людини).

У деяких справах ступінь наданих державі меж розсуду залежить не так від того, наскільки права, що розглядаються, важливі для конкретної особи, як від того, з якими інтересами вступають у конфлікт ці права. Винятки зі ст. 8 повинні трактуватися у вузькому значенні.

Зупинимося докладніше на справах про втручання у «приватне» життя. Подивимося, як Суд установлював баланс між індивідуальними і суспільними інтересами у сфері «приватності». Існує низка важливих сфер, які можна в цьому зв'язку піддати ретельному аналізу: захист персональних даних, сексуальна ідентифікація та орієнтація, фізична недоторканність.

Хоча термін «захист персональних даних» має специфічне юридичне значення (що відображено у законах європейських країн), однак для розгляду прецедентних випадків у межах Конвенції потрібно дотримуватися підходу, який

визначає «персональну інформацію» («персональні дані») у широкому значенні, включаючи питання доступу до такої інформації і проблеми, що належать до її збору, збереженню, використанню й опублікуванню. Захист персональних даних безпосередньо належить до сфери приватного життя за ст. 8 Конвенції.

Щодо змісту терміна «персональні дані», то Суд не став спеціально вдаватися у докладний розгляд того, що саме входить у це поняття. Дані щодо осіб можуть знаходитися у відкритому доступі і належати до суспільного, а не до приватного життя особи. Іноді Суд брав до уваги, що розглянутий матеріал знаходився у відкритому доступі. Нещодавно розглядалася справа засудженого вбивці, який звернувся зі скаргою: офіцер поліції, що його вистежив, розкрив конфіденційні розмови у своїй опублікованій біографії. Скарга на втручання у приватне життя позивача була відкинута. Суд вирішив, що коментування інформації щодо вчинення до скоєння позивачем різних злочинів, не можна віднести до його приватного життя.

У справі братів *Файєд (Fayed)* Європейська комісія з прав людини відкинула скаргу позивачів на те, що опублікування ревізорського звіту Департаменту торгівлі і промисловості про поглинання компанії з'явилося вторгненням у їхнє приватне життя. Комісія вирішила, що деякі аспекти звіту дійсно становили втручання в приватне життя позивачів. У звіті містилася інформація про сімейну і ділову історію братів Файєд. Однак це втручання було обґрунтованим, з огляду на важливість поставленої мети (ефективне розслідування великомасштабних комерційних справ) і той факт, що позивачі відкрито хвалилися своєю особистою і діловою біографією у спробі домогтися вигідної угоди.

У рішенні за однією бельгійською справою Суд вирішив, що обов'язок носити посвідчення особи і пред'являти їх поліції не є втручанням, якщо картки не містять інформації щодо приватного життя. Картка містила ім'я, адресу, стать, дату і місце народження, а також персональний ідентифікаційний номер (від нього, утім, можна відмовитися). Проте у справі *Фрідла (Friedl)*, де позивача заарештували під час демонстрації і зажадали надати посвідчення особи, це було визнано втручанням у приватне життя, хоч і обґрунтованим як необхідне за даних обставин.

Отже, прецедентне право не зовсім послідовно в підході до того, яка персональна інформація підпадає під захист ст. 8, а яка вимагає специфічного обґрунтування для її опублікування.

Якщо інформація щодо приватного життя зберігається у державних установах, можуть виникнути суперечки за відмови надати до неї доступ. На сьогодні найбільш показовим у цьому відношенні є справа *Гаскіна (Gaskin)*. Позивач, який майже усе дитинство провів на державному піклуванні, звернувся в місцеві органи влади з проханням надати доступ до документів про нього самого. На думку позивача, ці документи характеризували період його дитинства і дорослішання і фактично заміняли собою те, що в звичайних родинах розповідають дітям їхні батьки. Право особи на дані подібного роду випливає з відношення цієї інформації до його сутнісної особистості. Інформація мала формуюче значення для його особистості: вік, про який йде мова, такий, що достовірні спогади ще не формуються. Суд вирішив, що особи, які знаходяться в ситуації, близької до положення позивача, мають захищений Конвенцією життєвий інтерес в одержанні інформації, необхідної для пізнання і розуміння періоду свого дитинства і раннього розвитку. З іншого боку, не можна забувати, що конфіденційність державних баз даних важлива для одержання об'єктивної (достовірної) інформації і для захисту інтересів третіх осіб. У британській системі доступ до архівів залежить від згоди особи, яка надала про себе інформацію. Ця практика може розглядатися як така,

що відповідає ст. 8 з урахуванням повноважень держави. Проте що робити, якщо людина, яка надала інформацію, знаходиться поза межами досяжності або відмовляється дати згоду з неповажної причини? Інтереси осіб, які прагнуть одержати доступ до даних, у цьому випадку теж повинні бути захищені. Остаточне рішення про розкриття інформації повинен приймати незалежний орган. Така система буде відповідати принципу домірності. Але у справі Гаскіна цієї можливості в позивача не було.

Суд вирішив, що мова йде, швидше, про бездіяльність, ніж про акт втручання, і розглядав справу з огляду на те, чи малося позитивне зобов'язання з боку держави щодо надання доступу. Конфіденційність баз даних захищає дітей і права осіб, які надали інформацію. Вона важлива для одержання об'єктивної і достовірної інформації. Однак хоча позивач мав життєвий інтерес в одержанні інформації, не було незалежної процедури доступу до даних. Отже, мало місце порушення ст. 8.

Якщо доступ позивача до персональної інформації обмовлявся визначеним!: умовами, страсбурзькі інститути розглядали обґрунтованість цих умов. Так було, наприклад, у *справі АМА*. Лікар одержав доступ до даних із правом самостійно вирішувати, передавати інформацію далі чи ні. Було вирішено, що така умова не є необґрунтованою чи свавільною, оскільки мова йшла про особу з душевним розладом, а дані відносилися до короткого періоду часу. Необхідність у доступі була, мабуть, менш настійною, ніж у справі Гаскіна.

У справі *Од'євр проти Франції (Odievre* v. *France)* Суд застосував особливий підхід у відношенні 38-літньої жінки, яка намагалася встановити особистості своїх біологічних батьків. Ще при народженні мати відмовилася від дівчинки, і та була залишена на піклування Міністерства охорони здоров'я і соціального забезпечення. Мати позивачки побажала, щоб її особистість трималася в таємниці віл дочки. Дівчинку удочерили. Коли вона вже у зрілому віці зробила спробу з'ясувати, хто її біологічні батьки і брати, їй вдалося одержати лише загальну, не ідентифікуючу інформацію. Суд розглянув справу в межах ст. 8 і вирішив, що народження (зокрема, обставини народження) є для дитини, а надалі і дорослого, аспектом приватного життя (необов'язково сімейного життя), що захищена ст. 8 Конвенції. Суд погодився: Конвенція застосовна до цієї справи.

По суті справи Суд відзначив: людина має насущний інтерес, що захищається Конвенцією, в одержанні необхідної інформації для пізнання і розуміння свого дитинства і періоду раннього розвитку. Вислів «кожен» у ст. 8 Конвенції є застосовним і до дитини, і до матері. Право знати своє походження випливає з широкого тлумачення поняття приватного життя. Конвенція взагалі широко визнає інтерес дитини до розвитку її особистості. З іншого боку, необхідно поважати інтереси жінки, яка хоче зберегти анонімність з метою захисту здоров'я під час пологів у належних медичних умовах. Таким чином, справа стосується приватних інтересів двох дорослих людей, і компроміс знайти важко. Суд підкреслив відмінність цього випадку від справи Гаскіна. Суд відзначив, що проблема анонімних пологів торкається інтересів третіх осіб, а саме прийомних батьків, батька та інших членів природної родини, кожен з яких має право на повагу до свого приватного і сімейного життя. У підсумку Суд ухвалив, що через делікатний характер справи держава має широкі повноваження для врегулювання ситуації, а французькі закони надавали адекватний захист інтересів сторін і права на повагу до приватного життя. У справі не було знайдено порушення ст. 8.

Буває, що людина заперечує проти збору і запису персональних даних з бою. держави. Досвід розглянутих Судом справ показує: запис персональної інформації

для цілей кримінального розслідування звичайно розглядається як втручання у приватне життя, але є обґрунтованим для боротьби зі злочинами і заворушеннями. Сюди належать і записи про колишні правопорушення, і дані, що були отримані поліцією під час розслідувань, які не завершилися пред'явленням кримінального обвинувачення. Навіть якщо відсутні вагомі підозри щодо якого-небудь конкретного правопорушення, особливі міркування (наприклад, боротьба з тероризмом) можуть служити обґрунтуванням збереження даних. У справі *Маквея (McVeigh)* допит, обшук, зняття відбитків пальців і фотографування позивачів і наступне збереження відповідних записів було визнано втручанням, але втручанням обґрунтованим (в інтересах суспільної безпеки і запобігання злочинності). Обставини справи такі. Позивачі прибули до Англії з Ірландії. їх затримали на підставі закону про боротьбу з тероризмом, але кримінальна справа не була порушена. Суд визнав, що існувала настійна соціальна необхідність боротьби з тероризмом, яка переважувала те, що було визнано незначним порушенням прав позивачів.

У справі *Мюррей (Murray)* аналогічно було вирішено, що арешт позивачки, запис персональних подробиць (включаючи досить невтішний опис її зовнішності) і фотографування не виходять за загальні законні межі процесу розслідування терористичного злочину. Жодна деталь не була врахована як така, що не стосується процедури арешту і допиту. Це, очевидно, передбачає, що Суд має намір і далі встановлювати обмеження на характер і ступінь інформації, що збирають поліція і сили безпеки (хоча, судячи з досвіду справ, розглянутих на сьогодні, на практиці державі надаються широкі межі розсуду).

У справі *Фрідла (Friedl)* зйомка і збереження фотографій публічної демонстрації не була визначена навіть як втручання. На фотографіях особистості не ідентифікувалися, а самі знімки зберігалися в загальному адміністративному досьє і не були введені до системи обробки даних. Підкреслювалося, що фото не були зроблені в ході якої-небудь операції з вторгненням у житло позивача. Збір персональних даних, що встановлюють особистість, і запис таких даних, дійсно, були втручанням, але обґрунтованим, оскільки робилися для розслідування (утім, кримінальну справу так і не було порушено через незначність правопорушень). Оскільки дані зберігалися лише в загальному адміністративному досьє за цим інцидентом, а не були введені до якої-небудь системи обробки даних, суд вирішив, що це «відносно невелике втручання» у приватне життя позивача.

У згадуваній справі *Перрі проти Великої Британії (Perry* v. *the UK)* Суд вирішив, що звичайне використання відеокамер, що стежать (чи на публічній вулиці чи в приміщенні, такому, як торговий центр чи поліцейська дільниця, де вони служать законним і передбачуваним цілям), саме по собі не викликає питань у контексті ст. 8. Однак у цьому випадку поліція відрегулювала кут огляду камери для одержання ясного зображення позивача, а отримане зображення змонтувала і продемонструвала свідкам для упізнання. Відеокадри були показані під час відкритого судового процесу. Незалежно від того, знав позивач про існування відеокамери чи ні, він не мав підстав розраховувати, що його будуть знімати для наступного упізнання. Задум поліції перевищив звичайне й очікуване використання камер відеоспостереження. Тому запис кадрів і наступний монтаж можна розглядати як збір і обробку персональних даних про позивача. Більше того, кадри не були отримані добровільно чи за обставин, коли можна було б обґрунтовано очікувати, що вони будуть записані і використані з метою упізнання. Тому мало місце втручання у приватне життя. У внутрішньому законодавстві існувала достатня підстава для втручання, однак суди ухвалили, що поліція не дотрималася закладеної у процесуальному кодексі процедури. У світлі цих судо-

вих постанов можна дійти висновку, що дії поліції в цій справі не відповідають вимогам законів країни.

В іншій справі, *Краксі проти Італії (Craxi* v. *Italy),* мова йшла про зачитування на суді роздруківок телефонних розмов, що були перехоплені під час слідства за кримінальною справою. Позивач, який був прем'єр-міністром Італії, піддався телефонному прослуховуванню. Роздруківки були представлені в суді і прийняті як докази. Уривки з низки перехоплених розмов були пізніше опубліковані в пресі (хоча ніхто не зізнався в їхньому розголошенні). Позивач був визнаний винним По суті справи, Європейський суд підтвердив, що висвітлення пресою судово:: процесу цілком відповідає вимозі ст. 8 про відкритість процесу. До завдань засобів масової інформації входить поширення інформації, а суспільство має право одержувати їх, особливо якщо це інформація про державних діячів. Однак суспільні;: інтерес в одержанні інформації поширюється лише на факти, пов'язані з кримінальними обвинуваченнями, висунутими проти обвинувачуваного.

У справі *Краксі* деякі розмови, чий переказ потім був опублікований у пресі, мали приватний характер і майже не були (зовсім не були) пов'язані з кримінальними обвинуваченнями. їхня публікація у пресі не відповідала насущній соціальній необхідності, отже, втручання було невідповідним. Проте постає питання про те, чи є тут відповідальність держави? Публікації були зроблені приватними газетами, ніхто не заявляв про який-небудь контроль над ними з боку державної влади. Суд вважав установленим, що джерелом інформації були роздруківки, внесені до реєстру окружного суду. Державний прокурор прийняв рішення не передавати їх у відкритий доступ (за італійськими законами внесення документа до бази даних відкриває до нього доступ лише сторонам процесу, але не громадськості). Отже, розголошення розмов не було прямим наслідком дій прокурора, а, швидше за все, було викликано збоєм у функціонуванні реєстг або одержанням пресою інформації від однієї зі сторін процесу або від адвокатів Необхідно було встановити, чи прийняла влада необхідні кроки для забезпечення ефективного захисту прав позивача шляхом надання належних гарантій і проведення ефективного розслідування. Однак влада не виконала ці зобов'язання Отже, була порушена ст. 8.

У справі *Пека (Peck)* Суд підтвердив, що зйомка осіб у громадському місці **без** збереження інформації не представляє втручання у приватне життя. Однак регулярний і постійний запис даних може бути таким втручанням. У справі *Пека* мова йшла про передачу в засоби масової інформації відеокадрів, зроблених за допомогою камери. На плівці була знята людина, яка здійснила спробу самогубства у громадському місці. Позивач не стверджував, що спостереження за ним під час спроби самогубства і постійний запис були втручанням у приватне життя. Замість цього в позові говорилося, що розголошення цього запису у спосіб, який позивач не міг передбачати, призвело до втручання у приватне життя. Сама спроба самогубства, до речі, не була записана чи обнародувана. Однак усі події після цього були розкриті без належного маскування особистості позивача. Це становило серйозне втручання у приватність. Щодо необхідності обнародування даних, то мова не йшла про вчинення злочину. Не заперечувалося і важливе значення відеоспостереження для виявлення і запобігання злочинів (роль, яку реклама робила ще більш ефективною). Однак у місцевої влади існували й інші можливості По-перше, влада могла ідентифікувати людину і спробувати одержати у неї згс і Хоча в загальному випадку це нелегко (у кадрі може опинитися відразу кілька людей), у цій ситуації була знята тільки одна людина. Очевидно, влада могла навести довідки в поліції й установити його особистість. По-друге, влада могла

підретушувати зображення. Хоча в них і не було відповідного обладнання, у їх власних документах йшлося про намір таке обладнання одержати. Однак влада не зробила спроби підретушувати картину, яку самі ж представники влади надали засобам масової інформації. По-третє, влада могла докласти зусиль, щоб переконати засоби масової інформації підретушувати зображення. Можна було, наприклад, не обмежуватися усними проханнями, а зажадати письмової гарантії. Влада зневажила першими двома можливостями, а початих нею кроків стосовно третього варіанту було недостатньо. Таким чином, обнародування інформації не забезпечувалося достатніми гарантіями і становило непомірне втручання у приватне життя позивача.

Іншою великою сферою, де записуються персональні дані, є медицина. Збереження інформації в історіях хвороби (наприклад, збереження даних про утримання у психіатричній лікарні після виписки пацієнта) є втручанням. Однак воно може бути обґрунтованим, якщо дотримується суворий режим конфіденційності, що виключає публічний доступ, і якщо система збереження записів служить законним інтересам функціонування лікарні і захисту прав самих пацієнтів. Такий підхід зайняла Комісія у справі проти Франції, незважаючи на те, що французький суд узагалі визнав утримання позивача в лікарні незаконним.

Щодо збору персональних даних про приватних осіб державними структурами, то практика Європейського суду вказує: такі втручання загалом сумісні з гарантією приватності, що міститься у ст. 8, але тільки за умови, що вони переслідують законну мету і супроводжуються достатнім захистом.

Наприклад, обов'язкова вимога надавати інформацію для перепису населення (включаючи стать, сімейний стан, місце народження) було визначено як втручання у приватне і сімейне життя (людей також просили надати подробиці про інших мешканців будинку). Однак страсбурзькі інститути були задоволені тим, що інтереси особи були достатньо захищені: відповіді були суворо конфіденційні, імена не використовувалися в комп'ютерному аналізі, заповнені формуляри не вносилися в загальнодоступні бази даних. Було враховано, що перепис має на меті економічний добробут країни.

Обов'язкова вимога з боку податкових органів щодо розкриття подробиць персональних витрат (теж деталі приватного життя) було визначено втручанням, але за обставин, що склалися, цілком обґрунтованим. Мова йшла про історію, коли позивач продав майно і виникло запитання, як він розпорядився великою сумою. В інтересах економічного добробуту країни було визнано обґрунтованим, що позивач повинен дати інформацію. Також був зроблений непрямий натяк на те, що подібні повноваження, застосовані з меншою вибірковістю, будуть вважатися непомірними.

У справі *А. К. проти Нідерландів* у пресі були опубліковані подробиці арешту позивача, який підозрювався в розпусних діях щодо малолітніх. Серед іншого згадувалося і про те, що поліція конфіскувала в будинку позивача велику кількість дитячої порнографії. Позивач стверджував, що поліція надала пресі неправильні відомості, а також розголосила подробиці, що давали змогу сусідам упізнати його. Було вирішено, що немає вказівок на те, що відомості були неправильні чи явно негативні за тоном. Навіть якщо припустити, що розголошення відомостей було втручанням у приватне життя, ця інформація була фактично точним коротким викладом, становила загальний інтерес і тому може розглядатися як необхідна для цілей права суспільства на одержання інформації. (Той факт, що інформація дала змогу упізнати позивача кільком людям, розглянутий не був).

Система персональних ідентифікаційних номерів (яка використовується, наприклад, при реєстрації актів громадського стану, при рішенні адміністративних питань, сплаті податків, в охороні здоров'я, для потреб соціальних служб тощо) не є втручанням. Однак якщо система торкається приватного життя, її використання підпадає під ст. 8. Так, було встановлене втручання у справі, де ім'я позивача фігурувало у реєстрі неплатників податків. Реєстр знаходився у відкритому доступі. Втручання було визнано незначним і необхідним в інтересах економічного добробуту країни. Позивач не продемонстрував, що йому дійсно відмовили у видачі кредиту через реєстр, — навпаки, він сам заявив про борги, коли звернувся в кредитну компанію. Крім того, він міг звернутися до суду. При винесенні остаточного рішення було визнано, що принцип публічного доступу до офіційних баз даних має велике значення.

Однак той факт, що цілі категорії даних зараз визнані відкритими для всіх заінтересованих осіб, у майбутньому може призвести до розголошення персональних даних. Подібне відбулося у незвичайній справі *З. проти Фінляндії (Z. v Finland).* Предметом судового розгляду були факти зґвалтування (і спроб зґвалтування) жінок людиною, який знав, що є ВІЛ-інфікованим. Щоб установити, наскільки обвинувачуваний усвідомлював цей факт, обвинувачення включило у справу історію хвороби його дружини, що теж проходила лікування як ВІЛ-інфікована. Дружина обвинувачуваного звернулася зі скаргою до Суду, і той визначив, що мало місце порушення ст. 8. Архіви у справі, що належать до історії хвороби позивачки, повинні були бути відкриті через 10 років, тобто, можливо, ще за її життя. За іншими справами визначався більш тривалий термін нерозголошення архівів.

У справі *Вільямса (Williams)* кілька британських організацій протягом тривалого часу висловлювали занепокоєння з приводу намірів поліції створити велику базу даних про населення, зокрема, реєстр ДНК. У 1982 р. Вільямса засудили на 1 рік за крадіжку зі зломом і завдання тілесних ушкоджень. Поліція тоді взяла в нього пробу ДНК. Шість років потому він був знову заарештований, і від нього зажадали здати нову пробу: поліція припускала, що знайдена на місці убивства кров може бути його кров'ю. Після проведення аналізів підозри були зняті. Однак позивач заперечував проти того, що дані про його кров десь фіксуються як зразок для подальших розслідувань. Позов було відкинуто як неприпустимий на тій підставі, що насправді поліція ніколи не зберігала аналіз ДНК позивача в комп'ютерній базі даних. У поліції малося лише згадування про його групу крові. На прохання адвокатів позивача поліція стерла з комп'ютерної бази даних посилання на його пробу крові. Питання про те, чи відповідає Конвенції загальна база даних такого роду, залишається невирішеним.

Більшість справ, що розглядаються в Європейському суді, стосується поліцейських і медичних питань. Але існує значний список справ, пов'язаних із «секретними досьє», що ведуть спецслужби і розвідки. Досьє за своїм визначенням секретні, тому позивачі майже ніколи не знають, яка інформація в них записана і для яких цілей застосовується. Про це стає відомо завдяки витокам зі спецслужб у пресу або у випадках, коли людина зверталася за одержанням роботи в режимну державну установу. Своїми рішеннями Європейський суд визнає необхідність збору розвідданих, у тому числі за допомогою прослуховування телефонів. Під час розгляду справ Суд зосереджувався на процесуальних аспектах. Перше: чи існують достатні юридичні підстави в законах країни для втручань у права, що викладені у позові? Друге: чи маються достатні процесуальні гарантії для запобігання зловживання владою? При цьому існування судового контролю і навіть прямого парламентського контролю не вважається обов'язковим, хоча за

наявності цих видів контролю Суд звертав на них увагу. У Великій Британії діє незалежна комісія з обмеженими правами з перегляду справ, а також спеціальний парламентський уповноважений. Таку систему Суд вважає достатньою. Суд визнає широкі межі розсуду за державами — учасницями Конвенції. Тому Суд не прийняв аргументацію позивачів з Великої Британії, які заявляли, що в інших країнах існують системи судового контролю і більш жорсткі законодавчі обмеження повноважень держави. На думку Суду, державі-учасниці достатньо виконувати мінімум умов, що накладаються Конвенцією.

Сексуальне життя людини, безсумнівно, є важливим аспектом його приватного життя. Держава, утім, може втручатися в приватне життя, якщо це відповідає § 2 ст. 8. Прикладом може слугувати суд над гомосексуалістом за статевий акт із дитиною, яка не досягла 16 років. Але в цілому Суд дотримується точки зору, що приватне життя гарантує сферу, у межах якої людина може встановлювати найрізноманітніші стосунки, зокрема, сексуальні. Таким чином, сексуальна ідентифікація підпадає під захист ст. 8.

Питання сексуального життя людини мають інтимний характер і займають особливе місце в її приватному житті. Втручання в цю сферу повинне бути дуже серйозно обґрунтованим. Відмінними рисами демократичного суспільства є терпимість і широта поглядів. Для вторгнення у приватне життя зовсім недостатньо того, що визначена дія може когось шокувати, стривожити чи образити. Кримінальна заборона на гомосексуальні дії дорослих людей за взаємною згодою у приватній обстановці неодноразово визнавалася несумісною з повагою приватного життя за ст. 8, зокрема, у справі *Даджіона (Dudgeon)*, де мова йшла про Північну Ірландію, *Норріса (Norris) проти Ірландії* і *Модіноса (Modinos) проти Кіпру*. Позивач може подати позов про те, що він є жертвою вже самого факту існування в чинному законодавстві норм, що дорівнюють гомосексуалізм до злочину. Органи Конвенції не прийняли доводи представників держав про те, що конкретний позивач насправді не піддавався судовому переслідуванню чи погрозі переслідування. Навіть запевнень в існуванні політики толерантності з боку влади виявилося недостатньо у справі проти Кіпру: генеральний прокурор не міг скріпити такими зобов'язаннями своїх спадкоємців. На Суд не справили враження аргументи, якими держава намагалася обґрунтувати кримінальну заборону на гомосексуальні дії дорослих у приватній обстановці. Аргумент Великої Британії про те, що ця заборона продиктована глибокими релігійними почуттями жителів Північної Ірландії, був відкинутий. Аналогічна доля спіткала аргумент про необхідність захисту легко вразливого юнацтва від морального розтління.

Поняття «дорослих гомосексуальних» дій неодноразово розглядалося Судом з точки зору віку. З якого віку гомосексуальні дії повинні вважатися дозволеними? У Великій Британії починалися кількаразові спроби заперечити обмежувальний вік у 21 рік. На думку супротивників цього обмеження, воно надто високе і необґрунтоване, тим більше, гетеросексуальні дії вважаються законними з 16 років, а жіночі гомосексуальні дії взагалі не мають визначеного вікового обмеження. Суд відкинув ці аргументи, погодившись (можливо, спірно) з позицією Великої Британії, що ґрунтувалася на соціологічних висновках про те, що юнаки більш мають потребу в захисті від розтління, ніж дівчини. У Великій Британії, до речі, існує заборона на дорослі гомосексуальні дії за участю більш двох партнерів.

Тема була порушена також у справі *Laskey, Brown i Jaggard.* Група осіб піддалася судовому переслідуванню за садомазохистські дії. Незважаючи на велику кількість учасників, держава визнала факт втручання у приватне життя. Розгля-

даючи питання про домірність втручання, Суд відзначив, що дії мали організований характер, у них брала участь велика кількість осіб, дії знімалися на відеоплівку, що потім поширювалася. Подібна поведінка не представлялася настільки «приватною», як стверджували позивачі. Проте Суд визнав, що садомазохистські дії позивачів у справі *Las key, Brown і Jaggard* не виходять за межі добровільних сексуальних дій дорослих у «приватній обстановці». Суд не переконала більшість Палати лордів, яка вирішила, що мова йде не про секс, а про насильство. Цілком достатньо, що всі дії відбувалися у приватній обстановці для взаємного сексуального задоволення. Однак у питанні про те, чи обґрунтована заборона на подібні дії у кримінальному праві, думки членів Суду розійшлися. Більшість вважала, що така заборона переслідує законну мету захисту здоров'я, а державі дозволено вживати заходів, що захищають здоров'я. З огляду на надзвичайний (а не незначний чи випадковий) характер розглянутих дій, втручання не виходило за межі розсуду держави. Суд не знайшов у справі порушення ст. 8.

Які «сексуальні» дії не захищає ст. 8? Вона не поширюється на секс за професійну винагороду та інші дії, аналогічні проституції. Обґрунтованим вважається винесення судових вироків гомосексуалістам за полові акти з дітьми до 16 років з метою захисту останніх. Утім, дисциплінарне покарання поліцейського офіцера за співжиття з гомосексуалістом, який займався проституцією, було визначене як втручання, що не виходить за межі необхідності для запобігання заворушень (тобто для захисту доброї репутації поліції). Крім того, поліцейського всього лише звільнили, але не позбавили права на одержання пенсії.

У 2002 р. було остаточно і безумовно визнане право транссексуалів на визнання їхньої нової особистості державою. До цього часу Суд займав іншу позицію, намагаючись у кожній конкретній справі визначити, чи переважує вимога позивачів про внесення їхньої нової особистості до всіх відповідних документів (включаючи свідоцтво про народження) інтерес держави у захисті встановленої системи метрик громадян. Так, було встановлене порушення у справі *Б. проти Франції*, а у справі проти Італії сторони дійшли угоди. При цьому у справах *проти Великої Британії (Rees, Cossey, and Sheffield and Horsham)* порушень установлено не було.

Серед інших правових позицій Суду можна відзначити такі.

Вимога пристібатися ременями безпеки в автомобілях не вторгається у приватне життя. Тут проводиться аналогія з технікою безпеки у промисловості та обов'язок для людей користуватися пішохідними і підземними переходами.

У справі, коли розумово неповноцінному правопорушнику був призначений піклувальник, який міг дати згоду на лікування від його імені, не було встановлене вторгнення у приватне життя. Втручання визнали обґрунтованим заради запобігання злочинів і заворушень (інакше позивач міг становити небезпеку для своїх наглядачів).

Навіть якщо держава не вторгається у приватне життя чи фізичну або моральну цілісність особи, на ній (державі) може лежати позитивне зобов'язання у захисті осіб від вторгнення в їхнє приватне життя з боку інших (справа *X. і Y. проти Нідерландів)*.

Суд вважає, що обов'язкове медичне втручання, навіть якщо воно має незначний характер, є втручанням у приватне життя. Обґрунтованим було визнане взяття обов'язкового аналізу сечі на наркотики у в'язницях. Суд вирішив, що це необхідно для запобігання заворушень і злочинів (може виправдати більш значне втручання у життя вільних громадян — обґрунтоване розходження). Обов'язковий аналіз крові водія, який перебуває під дією алкоголю, є обґрунтованим як необхідний захист прав і свобод інших людей.

Інший приклад — добровільна державна вакцинація. Батьки, чиї діти в результаті одержали ускладнення на мозок чи померли, звернулися зі скаргою на порушення ст. 8. Суд не визнав вакцинацію втручанням: держава почала розумні запобіжні заходи, навіть якщо заінтересовані особи не мали всіх наукових даних, що дають змогу оцінити можливий ризик. Не встановлено, що держава пов'язана яким-небудь загальним зобов'язанням за ст. 8 у наданні певної докладної інформації про вакцини чи протипоказання. Проведення за судовим рішенням аналізу крові на визначення батьківства було визнано обґрунтованим для захисту прав і свобод інших людей.

Ще приклад: батьки були оштрафовані за відмову піддати своїх дітей тестуванню на туберкульоз і направити дітей на флюорографію. Це було визнано втручанням у приватне життя, однак сумісним із загальним інтересом захисту здоров'я: позивачі не продемонстрували шкідливих наслідків, що стосуються справи.

Постанова про психіатричне обстеження осіб, яким було висунуто кримінальне обвинувачення, було визнано необхідним втручанням, що обґрунтоване метою запобігання злочинів.

Хоча основною метою ст. 8 є захист людей від свавільного втручання з боку державної влади, вона не просто вимагає від держави утримуватися від такого втручання. Крім цього негативного зобов'язання в ефективній повазі «приватного» життя можуть існувати і позитивні зобов'язання. Прецедентне право вказує на те, що держава, яка приєдналася до Конвенції, повинна не тільки обмежувати власне втручання межами ст. 8 (насамперед, негативне зобов'язання), але від держави може також вимагатися захист можливості користуватися цими правами і забезпечення поваги до цих прав і свобод у внутрішньому законодавстві.

Ці зобов'язання можуть вимагати заходів, що спрямовані на забезпечення поваги до приватного життя навіть у сфері відносин людей між собою. Однак поняття «повага» не має точного визначення. Щоб визначити, чи існує таке зобов'язання, потрібно враховувати справедливий баланс між загальним інтересом та інтересами особистості. При цьому державі в будь-якому випадку надані межі розсуду для ухвалення рішення про те, чи повинна вона виконувати таке зобов'язання, і якщо так, то як саме.

Ступінь позитивного зобов'язання держави у внесенні змін у закони чи вживання тих чи інших заходів залежить від умов конкретної країни. Держави мають широкі межі розсуду при вирішенні питання, які кроки потрібно зробити для забезпечення відповідності Конвенції з урахуванням потреб і ресурсів суспільства й окремих громадян. Суд вирішував, що держава має зобов'язання такого роду, коли знаходив прямий і безпосередній зв'язок між заходами, що пропонував вжити позивач, і його приватним та (або) сімейним життям. Хиткість такого підходу ілюструє, зокрема, термінологія, що використовувалася Судом. Указувалося, що в тому, що стосується позитивних зобов'язань, немає точного визначення поняття «поваги» до приватного життя.

Розглянуті справи демонструють: для того, щоб було визнане порушення позитивного зобов'язання за ст. 8, втручання у права позивача повинне бути серйозним і значним, як у справі *X. і Y. проти Нідерландів.* Там мова йшла про основні цінності та істотні аспекти приватного життя: відсутності права в розумово неповноцінної дівчини порушити кримінальну справу проти людини, яка підозрювалася в її зґвалтуванні. Інший випадок — справа *B. проти Франції*, в якому транссексуалка жила в умовах щоденного приниження, будучи не в змозі змінити своє ім'я для відображення нового соціального статусу.

Ще одним прикладом позитивного зобов'язання, що накладається ст. 8, є зобов'язання надати особі інформацію, яка є життєво важливою для ефективного користування цією особою правами за ст. 8.

У справі *Герра (Guerra)* Суд підтвердив позицію, зайняту у справі *Гаскіна.* Позов стосувався ненадання позивачам, які жили неподалік від хімічного заводу, інформації про можливу шкоду для довкілля і про те, що потрібно робити у випадку аварії на заводі. Суд вирішив, що свобода одержання інформації не повинна означати, що вона накладає на державу позитивне зобов'язання зі збору та поширення інформації з власної ініціативи. Було вирішено, що ст. 10 незастосовна. Проте, якщо особа може продемонструвати, що до її приватного чи сімейного життя прямо торкається ненадання чи відмова у наданні інформації, то позитивне зобов'язання за ст. 8 може накладати на державу обов'язок надати таку інформацію. Тому Суд у справі *Guerra* вирішив, що Італія не виконала свого позитивного зобов'язання за ст. 8, оскільки не надала «суттєву» інформацію, яка могла б дозволити позивачам самим оцінити екологічний ризик подальшого проживання поблизу від заводу.

Інший випадок виник у справі *Макгінлі та Іген проти Великої Британії (McGinley and Egan).* Позивачі стверджували, що мали право на доступ до документів, які дозволили б їм визначити, чи піддавалися вони небезпечному впливу радіації на Острові Різдва, де Велика Британія проводила ядерні випробування, для того, щоб оцінити можливі наслідки цих випробувань для здоров'я. Суд відзначив, що один із позивачів (Макгінлі) під час програми ядерних випробувань Великої Британії на острові служив оператором на заводі і знаходився на відстані 40 км від місця п'яти вибухів. Пан Іген служив машиністом котельні на кораблі, що, відповідно до оборонного відомства, знаходився на відстані приблизно 100 км від одного з вибухів. Під час кожного вибуху позивачам було наказано брати участь у шикуванні під відкритим небом. Індивідуальний контроль за станом здоров'я був відсутній. Позивачі залишилися в неведенні про те, чи піддалися вони впливу радіації, чи був ризик їхньому здоров'ю.

Суд вирішив, що питання доступу до інформації, яка могла або розвіяти побоювання позивачів, або дозволити їм оцінити ступінь небезпеки, був тісно пов'язаний з їх приватним і сімейним життям у межах ст. 8. Тому скарга підпадає під дію статті і стосується не якоїсь дії з боку держави, а ненадання позивачам доступу до інформації. Суд зазначив: оскільки відомо, що вплив високих рівнів радіації має приховані, але серйозні і тривалі наслідки для здоров'я, то цілком природно, що занепокоєння позивачів заподіяло їм значні страждання. Наявні в держави матеріали містили інформацію, яка могла б допомогти позивачам оцінити рівень радіації там, де вони знаходилися під час випробувань. У позивачів був інтерес в одержанні доступу до цих документів у межах ст. 8. Зважаючи на те, що адекватний суспільний інтерес був відсутній, Суд вирішив, що має місце позитивне зобов'язання за ст. 8. У рішенні Суду говорилося: якщо держава розпочинає небезпечні дії, які можуть мати приховані шкідливі наслідки для здоров'я тих, хто залучений у такі дії, повага до приватного і сімейного життя за ст. 8 вимагає встановлення ефективної і доступної процедури, яка б дала змогу особам звертатися за всією інформацією, що стосується справи.

Однак на підставі поданих фактів, існування яких-небудь документів, що свідчать про небезпечний рівень радіації, не було доведено і тому є тільки припущенням. Справа *Макгінлі та Іген проти Великої Британії*відрізняється від справи *Гуерра та інші проти Італі.* В італійській справі не заперечувалося, що жителі Манфредонії піддавалися ризику з боку згаданого заводу, і що державна влада мала у своєму розпорядженні інформацію, яка дала змогу жителям оцінити цей ризик і вжити заходів з його запобігання.

В англійській справі позивачі мали право на процедуру, що дала б змогу їм запитати документи в оборонного відомства. Суду не були представлені свідчення

того, що процедура не забезпечувала ефективний доступ до таких документів. Жоден із позивачів не вирішив скористатися цією процедурою або запитати у компетентних органів надати ці документи. Суд вирішив, що держава виконала своє позитивне зобов'язання за ст. 8.

Доступ до інформації іноді може бути отриманий на підставі інших статей Конвенції. Наприклад, це можливо, якщо позивач звертається зі скаргою на відмову держави надати документи через «національну безпеку», або якщо позивач указує на те, що має потребу в цих документах для ефективного ведення справи в суді. В останньому випадку питання може підпадати не під статті 8 чи 10, а під ст. 6 у контексті ефективного доступу до правосуддя.

Не було знайдено позитивне зобов'язання й у справі *Османа (Osman).* Позивачі, мати і син, обвинувачували поліцію в бездіяльності. За їхніми словами, поліція не зуміла, по-перше, покласти кінець залякуванню і погрозам їх родині з боку третьої особи, по-друге, запобігти пораненню другого позивача й убивству його батька цією третьою особою. Позивачі заявили, що була порушена ст. 8. Суд не визнав установленим, що поліція знала чи зобов'язана була знати у відповідні моменти часу про те, що ця третя особа становить пряму і наявну загрозу життю другого позивача. Реакція поліції відповідала обов'язкам держави у межах ст. 2 (гарантія права на життя). Не було порушено позитивне зобов'язання відповідно до ст. 8 (гарантії фізичної цілісності другого позивача). Суд прийняв висновок поліції про відсутність необхідних підстав для кримінального обвинувачення цієї третьої особи в переслідуванні.

Щодо охорони довкілля, то на сьогодні Суд не пішов далі твердження, що позитивне зобов'язання за ст. 8 обмежується необхідністю з боку влади надавати доступ до відповідної інформації щодо різних екологічних небезпек та інших джерел незручностей. Влада також повинна забезпечувати адекватний законодавчий (процесуальний) захист у справах з обвинувачення у спричиненні незручностей місцевим жителям. Суд не визнає фінансове або інше зобов'язання держави за ст. 8 ні у зв'язку із впливом міського розвитку на екологічну ситуацію поблизу майна позивача *(Kyrtatos* v. *Greece),* ні у зв'язку з незручностями від шуму в результаті нічних авіапольотів *(Hatton and Others* v. *the UK).*

У справі *Ботта проти Італії (Botta* v *Italy)* мова йшла про те, що приватні лазневі заклади перешкоджали доступу інвалідів до пляжу і моря, а держава не турбувалася вирішенням цієї проблеми. Суд ухвалив, що право на повагу до приватного життя включає фізичну і психологічну цілісність людини (гарантії ст. 8 Конвенції). Це, насамперед, повинно забезпечити розвиток (без стороннього втручання) особистості кожної людини в його стосунках з іншими людьми. Суд вирішив, що заявлене позивачем право (одержувати доступ до пляжу і моря в місці, розташованому вдалині від звичайного місця його проживання, під час своєї відпустки) належало до міжособистісних відносин дуже широкого і невизначеного масштабу. Суд не знайшов можливого прямого зв'язку між заходами, шо (на думку позивача) повинна була вжити держава, і приватним життям позивача. Суд дійшов висновку, що ст. 8 незастосовна.

До 2002 р. (справа *Christine Goodwin* v. *the UK)* Суд не визнавав безумовного позитивного зобов'язання держав у законному визнанні зміни статі, як це було й у більш ранніх справах про транссексуалів (див. *Rees, Cossey, Sheffield and Horsham).* У справі *Christine Goodwin* Суд вирішив, що зростаюча європейська традиція визнання транссексуалів виправдовує необхідність зміни прецедентного права у цьому питанні. Потім Суд пішов ще далі, визнавши порушенням ст. 8 відмову приватної страхової компанії відшкодувати витрати на хірургічну операцію зі зміни статі.

Суд (непрямо) визначив деякого роду позитивне зобов'язання у згаданій вище справі *Пека (Peck).* Нагадаємо, Суд відзначив неприйняття державою певних заходів для захисту приватного життя позивача: передаючи приватним засобам масової інформації делікатні кадри невдалого самогубства позивача, влада повинна була докласти максимум зусиль, щоб забезпечити ретушування кадрів.

На державі також лежить зобов'язання не допустити витік у засоби масової інформації відомостей, що торкаються приватного життя громадян. З цього приводу повинні бути надані належні гарантії. Якщо витік відбудеться, держава повинна ефективно розслідувати ситуацію.

У той самий час не були визнані позитивним зобов'язанням питання імміграції (справа *Abdulaziz, Cabales and Balkandali)*, оскільки інтереси контролю імміграції переважують бажання позивачів (легальних іммігрантів) запросити своїх родичів на постійне проживання у Великій Британії. Не було визначено позитивне зобов'язання й щодо делікатного питання анонімних пологів.

3.10. Свобода думки, совісті і віросповідання.

Право на свободу думки і слова, світогляду і віросповідання забезпечується:

—можливістю вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб (п. 2 ст. 34 Конституції України):

—правом на свободу віросповідання, безперешкодно відправляти релігійні культи та обряди (п. 1 ст. 35 Конституції України);

—правом на відшкодування матеріальної та моральної шкоди (ст. 56 Конституції України).

Стаття 9 Європейської конвенції гарантує свободу думки, совісті і віросповідання. Кожен має право на свободу думки, совісті і віросповідання; це право включає свободу змінювати свою релігію або свої переконання, а також свобод) сповідувати свою релігію або переконання як одноособово, так і спільно з іншими, прилюдно чи приватно, в богослужінні, ученні, виконанні та дотриманні релігійних і ритуальних обрядів. Свобода сповідувати релігію або переконання підлягає лише таким обмеженням, які встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах громадської безпеки, для охорони громадського порядку, здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб.

Терміни «думка», «переконання», «совість» і «релігія» можуть охоплювати широкий спектр інтелектуальної та духовної діяльності. Тому Суд особливо ретельно підходить до аналізу звернень про порушення ст. 9, вирішуючи, чи дійсно ці переконання, певні дії чи «вияв» потрапляють під сферу дії положень цієї статті. Як і під час розгляду справ про можливі порушення статей 8, 10, 11, при визнанні органами Конвенції факту порушень державою порядку здійснення одного з прав, що гарантується в п. 1, справа розглядається далі на предмет того, чи це обмеження права «встановлене законом» і є «необхідним у демократичном) суспільстві» згідно з п. 2. Варто зазначити у зв'язку з цим, що серед усіх статей із подібною структурою ст. 9 є єдиною, яка не дає змогу державі посилатися на «державну безпеку» для того, щоб виправдати обмеження у здійсненні прав, що гарантуються.

Право на свободу думки, совісті та релігії здійснюється всередині кожної людини, переважно в її почуттях та думках. Лише коли людина виказує свої думки або переконання, держава дізнається про їх існування та характер. Але саме здійснення виявлення думок або переконань може бути пов'язане зі сферою питання про свободу вираження поглядів (ст. 10) або з іншими статтями Конвенції.

Коли у справах, що розглядалися конвенційними органами, йшлось про порушення положень ст. 9 і при цьому робилося посилання на порушення інших статей, то Комісія і Суд завжди обмежувалися у своєму виборі розглядом можливих порушень цих інших статей.

Роблячи тлумачення закріплених у ст. 9 термінів, Суд відмовився визнати як аргумент те, що «думка» та мова настільки пов'язані між собою, що будь-яке обмеження державою використання обраної людиною мови є порушенням свободи думки за ст. 9 *(Бельгійська мовна справа (1968)).* Комісія та Суд ніколи не розмежовували терміни «совість» та «переконання», але, як правило, погоджувалися з твердженням окремих заявників про те, що певна ідея або інтелектуальна позиція може входити до понятійного кола цих термінів. Проте вияв переконання може і не потрапляти під захист п. 1 ст. 9, якщо така дія не є виявом самого переконання, а лише здійснювалася під впливом або внаслідок його. Наприклад, у справі *Ерроусміт проти Сполученого Королівства (1978)* заявниця оскаржувала судове розслідування проти неї та засудження її за розповсюдження серед військовослужбовців прокламацій із закликом відмовлятися від служби у Північній Ірландії та закликами відмовлятись від військової служби взагалі. Вона заявила, що уряд Сполученого Королівства порушив її свободу совісті та переконань за ст. 9, оскільки вона була переконаною пацифісткою. Комісія погодилася з тим, що пацифізм підпадає під дію ст. 9, але визнала, що розповсюдження прокламацій не є виявом пацифістських переконань. Комісія погодилася з тим, що заявниця мала всі підстави посилатися на ст. 10 у зв'язку з розповсюдженням прокламацій, але визнала дії держави законними і такими, що здійснювалися в інтересах національної безпеки і з метою запобігти заворушенням (в армії). Запобігання порушенню дисципліни у збройних силах було також визнано законною підставою для відправки у відставку з турецьких військово-повітряних сил офіцера, який відзначався радикальними фундаменталістськими релігійними поглядами. Тому у справі *Калач проти Туреччини* (1996) Суд погодився з доводами уряду про те, що підставою для вимушеної відставки офіцера із лав збройних сил стали його поведінка та вчинки, але аж ніяк не вияв релігійних переконань.

Суд розглянув декілька справ, в яких оскаржувалося порушення свободи віросповідання, що гарантується ст. 9. У справі *Коккінакіс проти Греції (\99Ъ)* Суд визнав порушення ст. 9 у випадку, коли уряд не зміг довести того, що заявник, якого було засуджено за прозелітизм, використовував незаконні методи під час дискусій із приводу релігійних поглядів. Суд також визнав порушення у справі *Мануссакіс та інші проти Греції,* коли заявника було засуджено за створення молитовного дому і проведення служінь без отримання відповідного дозволу від органів влади. Суд відзначив, що незважаючи на відчайдушні спроби заявників отримати необхідний дозвіл, органи влади, які мали надати такий дозвіл, відкладали ухвалу рішення у цьому питанні на невизначений строк. Тому факт застосування кримінального покарання за невиконання заявниками належних формальностей становив порушення ст. 9.

Не розглядаючи спеціально ознаки «віросповідання» за змістом ст. 9, Комісія визначила дві категорії питань, що допомагають з'ясувати, які саме типи справ не підлягають захисту відповідно до положення ст. 9 про свободу віросповідання. По-перше, Комісія зазначила, що держава не зобов'язана дозволяти певній релігійній секті визначати свій офіційний статус в існуючій правовій структурі на власний розсуд, тому що члени секти можуть виявляти свої релігійні переконання поза межами обраної структури (заява № 8652/79). По-друге, Комісія зизнала, що особа не може посилатися на положення про свободу релігії для

виправдання дій, що відповідають практиці цієї релігії (заява № 10180/82, в якій ортодоксальний єврей був вимушений або підкоритися вимогам релігійного закону про розлучення, або сплатити відшкодування своїй колишній дружині). Особа також не може оскаржувати загальну політику і стан державної церкви, тому що вона (особа) може вільно залишити цю церкву (заяви № 11045/84 та № 12356/83 про визнання церквою абортів; заява № 7374/76 про деякі аспекти обряду хрещення).

Комісія визнала, що положення ст. 9 вимагають від держави впровадження механізмів, які дозволятимуть особі відійти від церкви. Вона дійшла висновку, що держава не має права накладати на особу зобов'язання підтримувати державну церкву фінансово шляхом сплати податків чи в інший спосіб (заява № 9781/82). У справі *Дарбі проти Швеції* (1990) автора заяви, жителя Аландських островів (Фінляндія), який працював у Швеції, примушували сплачувати податки для підтримки лютеранської церкви Швеції, тоді як громадяни Швеції могли звернутися з проханням про увільнення від сплати цього податку. Заявник вказав на порушення його права на свободу віросповідання за ст. 9, а також на порушення права вільно володіти своїм майном згідно зі ст. 1 Протоколу № 1 і дискримінацію згідно зі ст. 14 (у поєднанні з відповідними статтями, де вміщені основні права). Суд визнав порушення ст. 1 Протоколу № 1, а також порушення ст. 14; він ухвалив, що за таких обставин немає необхідності розглядати цю справу з огляду на порушення ст. 9.

Комісія розглянула кілька заяв, що торкались одночасно права на свободу совісті чи переконання відповідно до ст. 9 та положень підпунктів п. 3 ст. 4, яка дає змогу Договірним Сторонам — але не зобов'язує їх — визнавати відмову від військової служби за власними переконаннями і разом з тим встановлювати обов'язкову альтернативну службу. Комісія не знайшла жодного порушення ст. 9 у заявах проти Швейцарії, коли йшлося про винесення кримінального покарання чоловіку, який відмовився проходити військову службу (заява № 10640/83), та коли Федеративна Республіка Німеччина відмовилася звільнити заявника від проходження альтернативної цивільної служби (заява № 7705/76). Комісія також не знайшла порушення ст. 9 та ст. 14 у справі, коли заявник, який відмовився від військової служби з мотивів переконання, скаржився на те, що шведські закони дозволяли одночасно увільняти від обов'язкової та альтернативної військової служби тільки членів певних релігійних общин (у цьому випадку — свідків Ієгови).

З метою забезпечення свободи думки у травні 1984 р. були ухвалені Сиракузькі принципи групою експертів, скликаною Міжнародною комісією юристів, Міжнародною асоціацією з кримінального права, Американською асоціацією на підтримку Міжнародної комісії юристів, Інститутом прав людини Урбана Моргана, а також Міжнародним інститутом вищих студій у кримінальних науках. У преамбулі цього документа вказується, що він приймається, враховуючи, що згідно з принципами, проголошеними в Статуті ООН, визнання природної гідності та рівних і невід'ємних прав усіх членів людської спільноти є основою свободи, справедливості та міжнародного миру; підтверджуючи своє переконання, що свобода висловлювань і свобода інформації є потрібними для демократичного суспільства і важливими для його поступу і добробуту, а також для здійснення інших людських прав та основних свобод; зважаючи на відповідні положення Загальної декларації прав людини, Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, Конвенції ООН про права дитини, Основних принципів ООН про незалежність судових органів, Африканської хартії прав людини і народів.

Американської конвенції про права людини та Європейської конвенції про права людини; занепокоєні тим, що найбрутальніші порушення прав людини та основних свобод виправдовуються урядами як необхідні для захисту національної безпеки; бажаючи сприяти відвертому визнанню потреби зменшити обсяг таких обмежень свободи висловлювань та інформації, які можуть накидатися в інтересах захисту національної безпеки, аби відвернути уряди від використання інтересів національної безпеки як приводу для накидання невиправданих обмежень на здійснення цих свобод; визнаючи необхідність правового захисту цих свобод завдяки ухвалі законів, що містять чіткі та однозначні норми, а також задовольняють істотним вимогам верховенства права; і знов наголошуючи на доконечності судового захисту цих свобод незалежними судами.

У документі розкривається принцип свободи думки, висловлювання та інформації через такі складові:

а) кожна особа має право вільно дотримуватися власних думок і переконань;

б) кожна особа має право вільно висловлювати свої думки, яке включає свободу шукати, одержувати і поширювати будь-яку інформацію та ідеї попри державні кордони, усно, письмово або друком, художніми формами або будь-якими іншими засобами масової інформації за власним вибором;

в) користування цими правами, передбачене у § б), може підлягати обмеженням на певних підставах, визначених міжнародним правом, серед них і в інтересах захисту національної безпеки;

г) жодне обмеження свободи висловлювань або інформації на підставі захисту національної безпеки не може накидатися, якщо уряд неспроможний довести, що таке обмеження приписано законом і є необхідним у демократичному суспільстві для захисту законних інтересів національної безпеки. Тягар доказування законності такого обмеження покладається на уряд.

Будь-яке обмеження свободи висловлювань або інформації повинно бути приписано законом. Закон має бути доступним, однозначним та містити чіткі і точні формулювання, щоб дозволити особі передбачати, чи не скоїть вона правопорушення. Закон має містити належні гарантії проти зловживань, серед них об'єктивну, всебічну та правосильну перевірку законності такого обмеження незалежним судом або трибуналом.

Будь-яке обмеження свободи висловлювань або інформації, яке уряд прагне обґрунтувати захистом інтересів національної безпеки, повинно мати істинною метою і наочним результатом захист законних інтересів національної безпеки.

Для з'ясування, чи необхідне обмеження свободи висловлювань та інформації для захисту законних інтересів національної безпеки, уряд повинен довести, що:

а) певне висловлювання або інформація наражає на серйозну небезпеку законні інтереси національної безпеки;

б) накинуте обмеження є якнайменш суворим засобом захистити такі інтереси;

в) обмеження є сумісним із принципами демократії.

Обмеження, яке має бути виправдане захистом інтересів національної безпеки, є незаконним, хіба що його істинною метою і наочним результатом є захист існування країни або її територіальної цілісності проти застосування або загрози застосування сили, або її здатності відповідати на застосування або загрозу застосування сили, як від зовнішніх чинників (військової агресії), так і від чинників внутрішніх (підбурення до повалення уряду силою).

Обмеження, яке має бути виправдане захистом інтересів національної безпеки, є незаконним, якщо його істинною метою і наочним результатом є захист інтересів, що не стосуються національної безпеки, серед них, наприклад, захист

«престижу уряду» або захист від викриття правопорушень, або ж приховування інформації про діяльність державних установ, або щеплення певної ідеології, або придушення мирних акцій протесту.

Під час дії надзвичайного стану, який загрожує існуванню країни, і наявність якого офіційно і законно оголошено згідно з нормами національного і міжнародного права, держава може передбачати обмеження на свободу висловлювань та інформації, проте лише такою мірою, яка суворо відповідає вимогам певної ситуації, і лише допоки вони не стають несумісними з іншими зобов'язаннями уряду згідно з міжнародним правом.

Обмеження свободи висловлювань, хоча б на підставі інтересів захисту національної безпеки, в жодному разі не повинно передбачати дискримінацію на підставі раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного або соціального походження, громадянства, майнового стану, народження або інших статусних обставин.

Нікого не можна піддавати жодним обмеженням, обтяженням або санкціям на підставі особистих думок чи переконань.

Згідно з Принципами особа може бути покарана за висловлювання як таке, що загрожує інтересам національної безпеки, тільки якщо уряд спроможеться довести, що:

а) висловлювання прямо спрямоване на підбурення до насильства;

б) висловлювання, ймовірно, матиме наслідком спалахи такого насильства;

в) існує прямий і негайний причинний зв'язок між висловлюванням та ймовірністю спалаху такого насильства або дійсним спалахом.

Згідно з Принципами мирне користування правом на свободу висловлювань не повинно вважатися загрозою для національної безпеки або піддаватися будь-яким обмеженням чи покаранням. Висловлювання, які не повинні вважатися такими, що становлять загрозу для національної безпеки, включають, але не обмежуються, висловлюванням, що:

1) обстоюють ненасильницькі зміни політики уряду або самого уряду;

2) містять критичні або образливі зауваження щодо нації, держави або її символів, уряду, його установ, або окремих урядовців, або іноземної нації, держави або її символів, уряду, його установ або окремих урядовців;

3) містять заперечення або обстоюють заперечення — на підставі релігії, сумління або переконань — щодо військової мобілізації або служби, певного конфлікту, або застосування чи загрози застосування сили у вирішенні міжнародних конфліктів;

4) спрямовані на поширення інформації про гадані порушення міжнародних стандартів з прав людини або норм міжнародного гуманітарного права.

5) жодна особа не повинна бути покараною за критичні або образливі зауваження щодо нації, держави або її символів, уряду, його установ, або окремих урядовців, або іноземної нації, держави або її символів, уряду, його установ або окремих урядовців, хіба що такі зауваження прямо спрямовані та матимуть імовірним наслідком спалахи насильства.

Заборонено заважати висловлюванню або карати за висловлювання лише тому, що воно містить інформацію, створену організацією або про організацію, яку уряд оголосив такою, що загрожує інтересам національної безпеки або спорідненим інтересам.

Висловлювання, письмові або усні, в жодному разі не підлягають забороні на підставі того, що їх подано певною мовою, зокрема, мовою національної меншини.

Уряди повинні вживати належних заходів задля запобігання окремим особам або групам осіб незаконно заважати мирному здійсненню свободи висловлювань, навіть коли висловлювання засуджують уряд або політику уряду. Зокрема, уряди повинні засудити незаконні дії, спрямовані на обмеження свободи висловлювань, а також розслідувати такі справи і віддавати винуватців під суд.

Кожна особа, обвинувачена у вчиненні злочину проти національної безпеки, який містить висловлювання або інформацію, має право на всі засоби правового захисту, які передбачено принципом верховенства права і нормами міжнародного права. Вони охоплюють, але не обмежуються ними, такі права:

а) право на презумпцію невинуватості;

б) право не піддаватися свавільному затриманню;

в) право бути належно поінформованим мовою, яку особа розуміє, про обвинувачення і наявні докази проти себе;

г) право на вільний доступ до адвоката за власним вибором;

д) право на судовий розгляд без невиправданих зволікань;

є) право мати досить часу для підготовки власного захисту;

є) право на справедливий і публічний розгляд справи незалежним і неупередженим судом чи трибуналом;

ж) право допитувати свідків обвинувачення;

з) право заперечувати подання доказів суду, якщо обвинуваченого не повідомили про такі докази і особа не мала змоги спростувати ці докази;

и) право апелювати до незалежного суду або трибуналу, компетентного переглянути присуд на підставах права або фактів і скасувати такий присуд.

Всі засоби правового захисту, також і спеціальні, як-от: *habeas corpus* або *атраго*, повинні надаватися усім особам, обвинуваченим у вчиненнні злочинів проти національної безпеки, також під час надзвичайних обставин, що загрожували існуванню країни.

За вибором обвинуваченого, кримінальне обвинувачення у вчиненні злочину проти національної безпеки має розглядатися судом присяжних, якщо такий орган існує, або ж справді незалежними суддями. Розгляд справ осіб, обвинувачених у вчиненні злочинів проти національної безпеки, суддями, чия незалежність не гарантована, презумується як порушення права на розгляд справи незалежним судом.

У жодному разі цивільну особу не може судити за скоєння злочину проти національної безпеки військовий суд чи трибунал.

Жодна особа, засіб масової інформації, політична або інша організація не повинні піддаватися таким санкціям, обмеженням або покаранням за вчинення злочинів проти національної безпеки, що зачіпають свободу висловлювань чи інформації, котрі є несумірними з тяжкістю дійсно вчиненого ними злочину.

3.11. Свобода вираження.

Стаття 10 Європейської конвенції гарантує свободу вираження поглядів. Кожен має право на свободу вираження поглядів. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів. Ця стаття не перешкоджає державам вимагати ліцензування діяльності радіомовних, телевізійних або кінематографічних підприємств.

Відповідно до ч. 2 Конвенції, здійснення цих свобод, оскільки воно пов'язане з обов'язками і відповідальністю, може підлягати таким формальностям, умовам,

обмеженням або санкціям, що встановлені законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для охорони порядку або запобігання злочинам, для охорони здоров'я або моралі, для захисту репутації або прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду і є необхідними в демократичному суспільстві.

Конвенційні органи, колишня Європейська комісія з прав людини (далі — Комісія) і Європейський суд з прав людини (далі — Суд) мали в останні десятиліття справу зі значною кількістю скарг осіб, визнаних національними судами винними у дифамації чи в образливих зауваженнях, якщо суди не кваліфікували їх вчинки як реалізацію їхнього права на свободу висловлювань. Також новий Європейський суд з прав людини, який було створено Протоколом № 11 і який діє з листопада 1998 р. вже вирішив декілька справ, в яких він повинен був знайти баланс між правом особи на захист його (її) репутації і честі з одного боку, і права на свободу висловлювань, з другого.

Слід виокремити такі основні принципи, що покладено в основу теперішніх і колишніх рішень Суду, що стосуються ст. 10 Конвенції:

1. Свобода висловлювань складає одну з невід'ємних основ демократичного суспільства і одну з основних умов для його прогресу і самореалізації кожної особи. З врахуванням п. 2 ст. 10, прийнятними є не тільки «інформація» чи «ідеї», які прихильно сприймаються, вважаються необразливими чи сприймаються з байдужістю, але також і ті, які ображають, шокують чи дратують. Такими є вимоги плюралізму, толерантності та широти поглядів без яких немає «демократичного суспільства».

2. Сфера обмежень згідно з п. 2 ст. 10 Конвенції щодо політичних промов чи дебатів з питань, що мають суспільний інтерес є невеликою. Крім того, межі допустимої критики є більш широкими стосовно уряду ніж відносно окремого громадянина, який не займає публічних посад чи, навіть, політика. У демократичній системі поведінка чи помилки уряду повинні підлягати детальній перевірці не лише законодавчих і судових органів, але і громадської думки. Більше того, домінуюче положення, що займає уряд, робить її (перевірку) необхідною. Проте для компетентних державних органів влади, звичайно, залишається відкритою можливість вживати, в межах їхньої компетенції як гарантів громадського порядку, заходів, навіть кримінально-правового характеру, намагаючись відреагувати відповідним чином на такі зауваження. Органи державної влади мають широкі межі оцінювання у визначенні потреби втручання у свободу висловлювань, особливо, коли такі зауваження стимулюють насилля проти індивіда, публічної посадової особи чи прошарку населення.

3. Політику надається право захищати свою репутацію, навіть коли він діє не як приватна особа, але вимоги такого захисту повинні бути зважені у світлі інтересів відкритої дискусії з політичних питань, оскільки виключення зі свободи висловлювань повинні тлумачитися вузько. Тому межі прийнятної критики ширші стосовно політиків, які виступають у своїй публічній якості ніж відносно до приватної особи. Перший сам свідомо робить себе відкритим для детальної перевірки кожного його слова і вчинку як журналістами, так і всім суспільством, і повинен показати вищий рівень толерантності, особливо, коли він сам висловлює публічні твердження, що легко піддаються критиці.

4. Принцип, згідно з яким свобода висловлювань охоплює інформацію чи ідеї, які ображають, шокують чи дратують має особливу важливість стосовно преси. Хоча преса не повинна переступати обмеження, встановлені «для захисту репу-

тації інших», проте її завданням є передавати інформацію та ідеї щодо питань, які становлять загальний інтерес. Преса здійснює важливу функцію у демократичному суспільстві, і це має враховуватись Судом при винесенні рішень у справах про захист честі та гідності. Суд уважно ставиться до того факту, що журналістська свобода передбачає можливість застосування перебільшень чи навіть провокації. Для журналістів може бути неприйнятним позбавлення судовими рішеннями можливості вираження критичної оцінки, незважаючи на те, чи можна довести свою правдивість.

5. Під час виконання своєї наглядової юрисдикції, Суд повинен досліджувати матеріали, виходячи з бачення справи в цілому, включаючи зміст спірної праці (статті, висловлювання) і контекст, в якому її було опубліковано. Зокрема, вона повинна визначати, чи були вжиті заходи у спірному питанні «відповідними (релевантними) щодо переслідуваної законної мети», і чи причини, наведені національними органами влади для підтвердження цього, є «достатніми і такими, що стосуються даної справи». Діючи таким чином, Суд повинен забезпечити, щоб національні органи влади застосовували стандарти, які відповідають принципам, що містяться у ст. 10.

Виклавши основні принципи, які Суд застосовує в усіх справах, в яких питанням спору є свобода слова, наведемо тепер деякі конкретні приклади.

1. У справі *Лінгенс проти Австрії* перед Судом вперше було поставлене питання про можливість кримінальної відповідальності щодо журналіста за критику ним голови уряду, а саме тодішнього австрійського канцлера Крайського *(Kreisky)*, здійснену образливим чином.

Заявника було визнано винним національними судами у дифамації через те, що він описав Крайського як «аморального», «негідного» і такого, який діє з «підлим опортунізмом». Газетна стаття з питань, яка зачіпає політичну проблему, яка представляє суспільний інтерес у Австрії, призвела до численних палких дискусій стосовно позиції австрійців загалом — і канцлера, зокрема, — до націонал-соціалізму та участі колишніх нацистів в управлінні державою. Заявник критикував канцлера Крайського через те, що його підтримував інший австрійський політик, *Петер (Peter)*, голова політичної партії, яка, ймовірно, у відповідний час разом із партією Крайского (соціалістичною) могла сформувати коаліційний уряд. Пан Петер зазнав критики від Візенталя *{Wiesenthal)*, президента Єврейського центру документації, як особа, яка була колишнім нацистом і служила у бригаді піхотинців СС.

В інтерв'ю Крайского рішуче підтримав Петера і згадував організацію Візенталя та її діяльність як «політичну мафію» і «методи мафії».

Це спонукало заявника до критики Крайського і до використання виразів - підлий опортунізм», «аморальний» і «негідний».

У ході вирішення цього питання, Суд відзначив, що оскільки справа має відношення до Крайського як політика, слід звернути увагу на той фон, на якому ці статті були написані. Саме тому оскаржені вислови розглядалися на фоні політичної полеміки. У цій боротьбі кожен використовував зброю, яка була у його розпорядженні і в цьому не було нічого незвичного для запеклих політичних сутичок.

Щодо урядового заперечення, що обговорювана стаття була вже широко поширена під час кримінального засудження заявника австрійським судом, і тому покарання, накладене на автора не перешкоджало йому висловлюватися, Суд відзначив, що воно було рівнозначне цензурі, яка б, імовірно, могла відбити у нього бажання до створення критичних статей такого роду у майбутньому.

Суд розкритикував національні суди за прагнення визначити, чи підсудний стверджував правду у своєму вислові. Оскаржувані вирази «підлий опортунізм», «аморальний» і «негідний» були оціночними судженнями, а не ствердженням факту. Незважаючи на існування фактів, які може бути доведено, правдивість оціночних суджень неможливо довести.

Суд вирішив, що покарання заявника було невідповідним законній цілі, яка переслідується, і порушило ст. 10 Конвенції.

2. В іншій справі проти Австрії (Обершлік № 2, рішення від 1 липня 1997 р.) Суд подібним чином виявив порушення ст. 10. Заявник, журналіст і редактор періодичного видання «Форум» опублікував коментар щодо промови Йорга Хайдера *(Jorg Haider)*, лідера Австрійської партії свободи і добре відомого своїми екс тремістськими політичними переконаннями. Хайдер у своїй промові прославляв роль «покоління солдатів», яке брало участь у Другій світовій війні. Він також критикував письменника, який, на думку Хайдера, принизив всіх, кого вбили у цій війні. Хайдер сказав стосовно цього: «свобода думки... досягає своїх меж там, де люди скаржаться, що духовна свобода, яку б вони ніколи не отримали, якби інші не ризикували своїми життями, формує їх так, щоб вони могли тепер жити в демократії і свободі».

Цю промову було повністю відтворено у «Форумі» і прокоментовано заявником, який написав, між іншим: «Я скажу про Йорга Хайдера, по-перше, що він не є нацистом, по-друге, що він є, однак, ідіотом *(trottel)*». Заявник тоді пояснив на основі аналізу промови Хайдера, чому він вважав його ідіотом.

Внаслідок цього Хайдер пред'явив позов про дифамацію і образу, і журналіста було визнано винним. Австрійський суд вважав, що використання слова «ідіот» є образою. Цей термін ніколи не використовується для будь-якої об'єктивної критики.

З точки зору Суду стаття заявника і, зокрема, слово *trottel*, можуть бути визнані полемічними, але ця оцінка не становить безпричинний особистий напад, оскільки автор забезпечив для нього отримання об'єктивно зрозумілого пояснення з промови Хайдера, яка сама була провокаційною. Як такі, вони були частиною політичної дискусії, спровокованої промовою Хайдера і прирівнюються до оціночного судження, правдивість якого неможливо довести. Таким чином, оціночні судження можуть, однак, бути надмірними, зокрема за відсутності будь-яких фактичних підстав, але у світлі згаданих вище міркувань, воно не було таким у цьому випадку.

Це правда, що публічне називання політика *trottel*'може ображати його. У цьому випадку, однак, це слово не здається непропорційним до зумисне викликаного Хайдером обурення. Щодо полемічного тону статті, то його не потрібно підтверджувати, потрібно нагадати, що ст. 10 захищає не лише сутність виражених ідей і інформації, але також і форму, в якій вони виражені.

3. У справі *Кастеллс проти Іспанії*, заявника, який був сенатором, обраним за списком політичної партії, що підтримувала незалежність регіону басків, було визнано винним за спробу образи уряду. Його було засуджено до одного року ув'язнення.

Це звинувачення базувалося на тому факті, що він опублікував статтю у щотижневому журналі, звинувативши уряд у приховуванні численних фашистських вбивств, вчинених у баскському регіоні. Іспанські суди не взяли до уваги доказ, наданий заявником на підтримку його тверджень.

Європейський суд з прав людини відзначив, що заявник у своїй статті склав довгий список вбивств і нападів, вчинених у баскському регіоні; наголосив, що

вони залишилися непокараними; стверджував участь різних екстремістських організацій, які він назвав; приписував уряду відповідальність за цю ситуацію.

Ці твердження були, на думку Суду, спробою встановити їхню правдивість, точно так, як заявник міг би обґрунтовано намагатися продемонструвати свої добрі наміри.

Враховуючи, що національний суд визнав неприйнятним доказ, який заявник намагався представити, Суд зробив висновок, що втручання у використання заявником свободи висловлювань не було необхідним у демократичному суспільстві.

4. У справі *Торгейр Торгейрсон проти Ісландії*заявник був звинувачений у дифамації поліції, через те, що він надрукував дві газетних статті, в яких засуджував брутальність поліції у Рейк'явіку, базуючись на тому, що нібито повідомили йому жертви.

Він, між іншим, використав такі терміни, як: «звірі у формі», «жертви поліцейських звірюк», «дозвіл звірам і садистам задіяти їхні збочення».

Суд відзначив, що заявник висвітлював, власне, те, що говорили інші про брутальність поліції і вважає, що оскільки від нього вимагалося встановити правдивість його твердження, він зіштовхнувся з нерозумним, якщо не неможливим, завданням.

Далі Суд вирішив, що критика заявника не могла бути сприйнята як напад на одного, зокрема, чи на всіх членів поліцейських сил, і що уважне прочитання його записів виявило його принципову мету спонукати Міністерство юстиції заснувати незалежний і безпристрасний орган для розслідування скарг про брутальність поліції.

Суд постановив, що оскаржені звинувачення і вирок були здатними обмежити відкриту дискусію на суспільно важливі теми і порушували ст. 10.

Було б банальним стверджувати, що без свободи збирання, володіння і розповсюдження інформації про все, що стосується публічного життя на терені цілої країни чи місцевих громад, немає мови про демократію і верховенство права. Свобода висловлювань є фундаментом демократії, оскільки лише добре поінформовані громадяни можуть надати мандат на здійснення влади тим, хто зробить це мудро і чесно. Свобода висловлювань є, однаковою мірою, фундаментом верховенства права — тому що становить один із найкращих засобів запобігання порушенню права державними службовцями і посадовими особами, особливо завдяки корупції. Погане управління на рівні держави або органів самоврядування потребує таємності для збереження «класу управителів», для приховування неефективності, марнотратства громадських грошей, а також корупції. Таке управління — що найважливіше — «саме себе годує». Люди влади полюбляють трактувати офіційну інформацію як свою власність, а не як спільне надбання.

Найбільшу загрозу для прав людини становлять поліція та інституції, що стоять на сторожі безпеки. Звідси — значна потреба в зовнішньому контролі щодо них. Ці інституції, однак, оберігають себе від зовнішньої допитливості, намагаючись зберегти в таємниці свої методи роботи, джерела інформації і справи, над якими вони працюють. Ці інституції схильні, з одного боку, до розширення знань громадської думки про свої функції і інформацію з обмеженим доступом результатів їхньої діяльності (демонструючи щораз різноманітніші сторони діяльності різних поліцейських формацій, наприклад, через WEB-сайт в Інтернеті), прагнучи одночасно, з другого боку, поширити можливість вилучення з обігу фактів, пов'язаних із порушенням права на інформацію про осіб, щодо яких збирали

інформацію у справах, де не ставилося за мету розпочати кримінальне переслідування або до нього не дійшло.

На перший погляд здається, що природнім інструментом захисту порушених органами безпеки і правопорядку прав є суди. Відповідно до доктрини поділу влади суди не можуть, однак, контролювати внутрішню і зовнішню політику уряду. Це — завдання парламенту. На практиці в парламентській демократії метою більшості є, тим часом, збереження уряду при владі. У тій ситуації порушення в досліджуваній сфері часто знаходяться у своєрідній «тіні». Іноді також суди самі «спричиняються» до порушення прав людини у сфері внутрішньої політики держави, коли намагаються покарати журналістів, які критикують політику уряду. Ситуація ще більш ускладнюється, особливо для національних судів, коли автори таких публікацій — радикальні журналісти або активісти екстремістських політичних партій або соціальних груп. Національні суди в питанні трактування таких спорів знаходяться в делікатній ситуації. Вони стають об'єктом тиску з боку преси і з-за лаштунків. Державна влада, що аргументує необхідність охорони даних, визнаних таємними чи секретними (не згадуючи про особливо таємні), знаходиться, як правило, у кращому становищі ніж журналіст, який порушує заборону, і покладається в той час «тільки» на свою добру волю, діючи відповідно до стандартів своєї професії і з бажання надати громадській думці важливу для неї інформацію. У тих випадках неоціненну роль відіграє практика Європейського суду з прав людини. Суд інституційно і політично вільний від такого, цілком природного, тиску.

У контексті свободи інформації у сфері внутрішньої і зовнішньої політики, Суд декілька разів повторював у своїх рішеннях фрагмент вироку 1976 р. у справі *Хендісайд*, в якій стверджувалося, що ця свобода «може застосовуватися щодо «інформації» чи «ідей», які ображають, шокують чи дратують органи держави чи будь-яку частину громадської думки. Такі, власне, вимоги плюралізму, толерантності і широти поглядів, без яких немає «демократичного суспільства» [§ 49].

Суд кілька разів також стверджував, зокрема у бельгійській справі *де Таїс і Ґійзельс*, стосовно припустимості опублікування дуже критичного висловлювання поглядів на тему функціонування судів, що потрібно пам'ятати, що ст. 10 захищає не тільки сутність ідей і вираженої інформації, але також і спосіб їхнього закріплення [§ 48].

Сфера і межі обмежень. Головною метою ст. 10 є, звичайно, захист права на свободу висловлювань. Щоб гарантувати цю свободу, Суд створив тест суворого тлумачення будь-якого з обмежень, згаданих у п. 2 ст. 10. У справі *Санді Таймс* (1) 1979 р. Суд стверджував, що: «Суворе тлумачення означає, що ніякі інші критерії, крім тих, які згадані в пункті винятків, не можуть бути підставою обмежень, і ці критерії, у свою чергу, повинні розумітися таким чином, щоб мова не поширювалася поза межі звичайного значення. У випадку пункту винятку... принцип суворого тлумачення зустрічає певні труднощі через широке значення самого пункту. Тим не менше, той пункт накладає на владу деякі ясно визначені обов'язки...» [§§ 194-195].

Іншими словами, Суд впровадив юридичний стандарт, згідно з яким у будь-якій справі, де постає питання допустимої сфери втручання в свободу слова, свобода індивіда повинна бути пропорційно сприятливо збалансована з вимогами держави щодо охорони його інтересів. Приймаючи рішення у такій справі, органи Конвенції найперше перевіряють, чи втручання здійснювалося у «випадку, передбаченому правом». Тільки в разі позитивного розв'язання цього питання,

далі визначається, чи втручання можна визнати «необхідним у демократичному суспільстві» для однієї з цілей, зазначених у ст. 10.

Вирішуючи справу *Санді Тайме* (1), Суд окреслив (а потім повторив, при нагоді, в інших випадках) необхідні характерні риси національних законів (як писаних, так і неписаних, встановлених конституцією, законом або розпорядженням виконавчої влади) у будь-якій сфері, а це означає також і там, де йдеться про інтереси національної безпеки або громадського порядку. Національне право повинно дотримуватися також двох головних вимог: «По-перше, право повинно бути відповідно доступним: громадянин повинний бути спроможним мати вказівку, відповідну до обставин, щодо юридичних норм у даній справі. По-друге, норма не може бути розцінена як «право», якщо її не сформульовано з достатньою точністю, з тим щоб дозволити громадянину регулювати свою поведінку: він повинний бути спроможний у цих обставинах, знати наслідки, які дана дія може потягти за собою» [§ 49].

Це означає, що повідомлення про зміст норми (досяжність) і точність (передбачуваність) потрібні для дотримання законності в ступені, в якому вони розумні й відповідні за даних обставин. У справі *Мелоун* Суд сказав, що фраза «випадок, передбачений правом» означає, що «це стосується не лише національного права, як такого, але також і якості закону, вимагаючи його сумісності з верховенством права, про що явно згадано у преамбулі Конвенції. ...Ця фраза, таким чином, має на увазі... що у національному праві повинна бути міра юридичного захисту проти довільного втручання органів влади в права гарантовані ч. 1 цієї норми... особливо там, де виконавча влада здійснюється в таємниці, ризики свавільності — очевидні...» [§ 67].

У будь-якому випадку, стверджував Суд у справі *Мелоун* і в шведській справі *Ліндер* (1987), у справах адміністрації, пов'язаних з національною безпекою і боротьбою з організованою злочинністю, в яких пункт передбачуваності не може бути точно таким же самим з огляду на ефективність охорони національної безпеки і поліцейських операцій, право, тим не менше, має бути достатньо ясним. Така ясність права повинна досягатися таким чином, аби кожний громадянин міг бачити, в яких обставинах і на яких підставах влада має право втручатися в його права і свободи, які захищаються Конвенцією. У справі *Ліндер* Суд сказав, що: «В оцінці того, чи критерій передбачуваності задоволений, можуть бути також взяті до уваги інструкції і адміністративна практика, які не мають статусу матеріального права, настільки, щоб ті, кого це стосується, достатнім чином розуміли їхній зміст» [§ 51].

У справі *Ліндер* Суд розглядав таке питання: чи використання інформації, що зберігається в таємному реєстрі поліції безпеки, при оцінці придатності людини для обіймання посади, важливої для національної безпеки, становило порушення права заявника на повагу його приватного життя. Суд дав на це запитання таку відповідь: «Там, де виконання закону складається із таємних заходів, недоступних для дослідження заінтересованими особами або суспільством в цілому, закон безпосередньо, на противагу супутній адміністративній практиці, повинен з достатньою чіткістю вказати сферу поширення свободи, визнану відповідною владою, з огляду на законність мети застосування даних заходів, що застосовуються з цього питання для того, щоб забезпечити адекватний захист особі від свавільного втручання» [§ 50].

Законність мети, необхідної в демократичному суспільстві. Цей пункт у більшості справ використовувався з метою підтвердження того, чи існувала «невідкладна суспільна потреба» *(pressingsocial need)* при накладанні державою обмеження в обставинах, що склалися в даній справі. У справах, що стосуються ст. 10, це поняття

повинно пов'язуватися з одним чи кількома особливими пунктами, передбаченими п. 2 цієї статті. У перспективі внутрішньої й зовнішньої політики держави такими пунктами можуть бути: «національна безпека», «територіальна цілісність», «громадська безпека», «охорона порядку або запобігання злочинам», «запобігання розголошенню конфіденційної інформації» і «підтримання авторитету і безсторонності суду». Визначення балансу пропорційності будь-якого з тих пунктів і свободи вираження поглядів не належить до відання національної влади без можливості оцінки Судом. Як, наприклад, у справі *Клас та інші:* «Договірні сторони не мають необмеженого розсуду ... Держави-учасниці не можуть... застосовувати будь-які заходи, які вони вважають відповідними» [§ 49].

Це означає, що кожний правомочний судовий вирок у справах щодо свободи інформації повинен особливо залежати від обставин справи. Чим сильніше справа стосується характеру свободи висловлювань, тим більш вагомою повинна бути причина втручання з боку органів влади. Згідно з прецедентним правом, виробленим Комісією і Судом стосовно ст. 10, державам — учасницям Конвенції важче дотримуватися вимоги пропорційності, ніж вимоги законності цілі. Суд заявив, що виняток повинен тлумачитися вузько, і необхідність обмеження цієї свободи на основі однієї з підстав, передбачених п. 2 ст. 10, повинна бути переконливо доведена. Ця норма дуже важлива для захисту свободи преси. У британській справі *Обсервер і Гардіан* Суд підкреслив: «Хоча [преса] не повинна переступати межі, встановлені, між іншим, в «інтересах національної безпеки», або для «підтримки авторитету судової влади», тим не менше її обов'язком є передача інформації та ідей, що становлять суспільний інтерес. Не тільки преса має завдання передачі такої інформації та ідей, але громадськість також має право її отримати. Якби це було інакше, преса не могла б відігравати для нас життєво необхідну роль «сторожового собаки суспільства» [§ 59(b)].

Для розуміння питання «нагальна суспільна потреба» у контексті внутрішньої і зовнішньої політики держави у справі *Обсервер і Гардіан* видається важливим нагадати тут рішення ірландського судді Велша. Цей суддя, на противагу поглядам більшості складу суддів у тій справі, висловив думку, що попередня судова заборона публікації сенсації колишнього агента британської розвідки Пітера Райта становила неправомірне втручання у свободу слова. Він сказав таке: «...Газети мають право слідкувати за такою інформацією і публікувати результати своїх розслідувань тією мірою, наскільки чинять це, не входячи в конфлікт, наприклад, з національною безпекою. На цей факт не можна, однак, посилатися з метою отримання попередньої [судової] заборони звичайного шляху вираження їхнього погляду перед державою, як це мало місце в даній справі. Уряд, у першому запиті на заборону, пов'язав питання порушення таємності і національної безпеки таким чином, що це стерло межу поміж ними. Питання правдивості чи фальшивості «викриттів» не розв'язано. Мені здається, що для мети ст. 10 Конвенції публікація «викриттів» не може бути обмежена, принаймні, без твердження про їхню правдивість стороною, що його вимагає. Якщо, як це сталося [щодо сенсаційних повідомлень того агента] в ході судового розслідування в Австралії, [британський] уряд просто «визнає правдивість», для справи позов щодо обмеження публікації стає спірним. Надбанням громадськості стало так багато тверджень п. Райта, що це повинно було дозволити встановити їхню правдивість чи фальшивість. Ідентифікація п. Райта в якості їхнього джерела не вплинула на це питання. Приймаючи навіть правдивість основних тверджень [в сенсаційних повідомленнях Райта] — що агенти Служби Безпеки провадили незаконну діяльність — факт, який вже привселюдно обговорювався у спосіб, який не зали-

шає місця сумніву, що п. Райт був, щонайменше, одним з джерел тих звинувачень завдяки своїм мемуарам, розмовам і телевізійним інтерв'ю. Газети, що виступають сьогодні як заявники, провадили кампанію на користь початку розслідування у справі звинувачень, а його пізніше проведення становило подальше продовження тієї кампанії. Вони не були ані безпосередньо, ані опосередковано втягнуті в утримання від п. Райта іншої інформації, яку він здобув, будучи агентом спеціальних служб. Ніщо не вказувало на те, щоб газети планували надрукувати щось інше, окрім матеріалів, безпосередньо пов'язаних з інформацією, що вже було опубліковано, по відношенню до яких не отримано заборони. «Відкриття», що п. Райт був особисто втягнутий у здійснення нібито незаконних дій, у світлі вже оприлюднених справ, важко вважати інформацією, що могла підлягати попередній забороні публікацій.

Зважаючи на той факт, що твердження про таємність попереднього позову про заборону публікації, розпочатого для підтвердження, не підтверджувало ясно загрозу існування, насправді, порушення таємності, тобто небезпеки оприлюднення правдивих фактів, позиція Генерального прокурора, захисту якого вимагалося, залишилася на цьому етапі невідомою. На мою думку, обставини не були достатніми для застосування у справі заборони, що дозволяється на підставі п. 2 ст. 10 Конвенції. Є очевидним, що факти, із якими заявники бажали мати справу, стосувалися предмета, що становить значний суспільний інтерес, а, можливо, і непокоїть громадську думку. Суспільний інтерес, до якого апелював уряд, був прирівняний, як видається, до політики влади. На думку уряду, ця політика може обґрунтувати застосування будь-яких можливих зусиль для запобігання витоку інформації] зі Служби безпеки, утримування від будь-якої діяльності для розслідування обвинувачень, чи пряме переслідування п. Райта всілякими доступними методами. Ця проблема належить до сфери політики і не може становити підстави винесення заборони, що допускається п. 2 ст. 10. Також може бути зрозумілим, що — це не підлягало сумніву — головною метою процесу було налякати осіб, які могли б, у майбутньому, спробувати оприлюднити таємниці, отримані під час їхньої праці як таємних агентів або працівників Служби безпеки. Ця обставина не може служити, однак, обґрунтуванням висновку про обмеження свободи преси, передбаченого п. 2 ст. 10. Беручи до уваги сукупність обставин, уряд не зумів довести, що засоби, які він вимагав стосовно заявників — не до п. Райта — були необхідними у демократичному суспільстві, яким є Об'єднане Королівство [§ 4—5 особливої думки судді Веліла]».

Роком пізніше, у 1992 р., Суд виніс вирок у ісландській справі *Торгейрсон.* Заявником був журналіст, засуджений за посягання на честь і гідність у двох надрукованих статтях, в яких описав нібито брутальне поводження поліцейських у приміщенні столичної комендатури. Суд постановив: «Заявником переважно повідомлялося, що було сказано іншими про брутальну поведінку поліцейських. Ного було засуджено частково через неспроможність довести те, що розглядалося як його власні твердження, як-от, що невідомі працівники поліції Рейк'явіку озно побили значну кількість осіб, результатом цього було каліцтво їхніх -єнтв, також скоювали підробку та інші правопорушення. Зобов'язання заявни-І ювести правдивість його тверджень, на думку Суду, було не лише необгрунтованим, але і нездійсненним.

Суд також не погодився з аргументами уряду, що головною метою статтей заявника було спричинити шкоду репутації поліції Рейк'явіку в цілому... Як стверджувалося у першій статті, заявник вважав, що «порівняно невелика леть осіб [була] відповідальна», і що незалежне дослідження допомогло б

довести, що тільки декілька поліцейських були відповідальними... [Таким чином,] його основна мета полягала в тому, щоб пришвидшити встановлення Міністром юстиції незалежного і неупередженого органу для розгляду скарг про брутальну поведінку поліцейських....

Ніхто не сумнівався, що обидві статті значною мірою зачіпали суспільний інтерес. Це правда, що обидві статті були написані з використанням особливо сильних термінів. Проте, враховуючи їхню мету і вплив, який вони мали вчинити, Суд має думку, що мова, що використовувалася, не може розцінюватися як надмірна.

Врешті-решт, Суд вважає, що засудження і вирок були здатні перешкодити відкритому обговоренню справ, що представляють суспільний інтерес» [§§65-68].

Вісьмома голосами проти одного Суд вирішив, що у справі *Торгейрсон* було порушено приписи ст. 10. Суд підтримав свою лінію винесення рішень, згідно з якими не можна всупереч тому, що підтримував ісландський уряд, проводити розрізнення, між політичним обговоренням і обговоренням у справах, що мають політичну причетність [§ 64].

Справа *Торгейрсон* показала, як важко журналісту ініціювати суспільні дебати на одну з найважливіших тем, що стосується громадянських свобод, тобто брутального поводження поліцейських щодо осіб, затриманих в комісаріатах. Журналісти, звичайно, не спроможні надати безсумнівні докази, доки вони самі безпосередньо не стали жертвами брутального поводження поліцейських.

Але набагато важче розпочати дебати стосовно ще важливішого внутрішнього питання, такого як негативні аспекти функціонування судової влади, коли критика зосереджується на конкретних судах. Всі ті труднощі унаочнила бельгійська справа *Гаєс і Ґійзельс* 1997 р. Заявники — два журналісти — опублікували п'ять статей, в яких докладно і єхидно критикували суддів Апеляційного суду в Антверпені за те, що у справі про розлучення вони доручили віддати опіку над дітьми батьку, п. Х, нотаріусу. Двома роками раніше дружина цього нотаріуса подала скаргу, в якій звинувачувала його у кровозмішенні та знущанні над дітьми. Кримінальну справу було припинено. Заявники звинуватили суддів і Генерального прокурора в явному упередженні і боягузтві, а також, крім цього, ще двох суддів у явній симпатії до крайніх правих. Заявники були визнані у ході кримінального процесу винними у бездоказовому представленні фактів з приватного життя суддів і Генерального прокурора.

Суд зауважив, що заявники у справі *Гаєс і Ґійзельс* «не можуть бути звинувачені у невиконанні їхніх фахових обов'язків за опублікування того, що вони дізналися щодо справи. На пресі лежить обов'язок передавати інформацію і ідеї, що представляють суспільний інтерес... Це особливо справедливо в поточній справі з огляду на серйозність тверджень, що стосувалися як долі малих дітей, так і функціонування системи правосуддя в Антверпені. Заявники, крім того, самі ясно виразилися у цьому відношенні, коли вони писали статтю... «Не для преси узурпувати собі роль суду, але в цій образливій справі є неможливим і нерозумним зберігати тишу»... [§ 39].

Суд повторює, що належить проводити обережне розрізнення оціночних суджень і фактів. Існування фактів можна продемонструвати, тоді як правдивість оціночних суджень не піддається доведенню... [§ 42].

Хоча коментарі де Гаєса і Ґійзельса були, без сумніву, дуже критичними, тим не менше, вони видаються пропорційними щодо хвилювання і обурення, викликаних питаннями, згаданими в їхніх статтях...» [§ 48].

У цій справі Суд ще раз підтримав свою постійну лінію на ствердження того, що преса відіграє фундаментальну роль у демократичному суспільстві. «Хоча преса не повинна переходити певний бар'єр, особливо щодо поваги доброго імені і прав інших, але її обов'язком є розповсюдження — у спосіб, що відповідає її обов'язкам і відповідальності, — інформації та ідей про будь-які справи, що пробуджують інтерес громадської думки, у тому числі і тих, які стосуються функціонування правосуддя. Суди — будучи гарантом справедливості і граючи фундаментальну роль у правовій державі — повинні користуватися суспільною довірою. Відповідно до цього [вони] повинні охоронятися перед руйнівними нападами в тому разі, якщо вони незначні. Це особливо важливо, зважаючи на той факт, що суддя, як це випливає з сутності суддівської влади, не може відповідати на критику. У цій справі і в подібних найпершим обов'язком державної влади є окреслити потребу втручання у користування свободою слова. її рішення у сфері становлення і застосування права є, однак, предметом контролю Суду, навіть якщо були предметом вирішення найвищого суду» [§ 37].

У справі *де Гаєс і Ґійзельс* Суд сімома голосами проти двох вирішив, що бельгійська влада порушила ст. 10 Конвенції.

Судова заборона вразливої публікації. Національне право держав — членів Ради Європи дозволяє попередню заборону публікацій після внесення позову з тим, аби запобігти передачі інформації, вразливої для внутрішньої і зовнішньої політики. У Польщі це ст. 730 КПК. Про цей інститут згадувалося вище, проте варто розглянути діяльність Суду з цього питання детальніше. Норми про тимчасове задоволення позову, які полягають в забороні публікації якоїсь статті або книги, можуть бути, якщо вони застосовуються судом без особливої обережності, болісним інструментом, спрямованим проти преси. Якщо судовий процес швидко не закінчується остаточним вироком, тимчасова заборона перетворюється в інструмент превентивної цензури.

Як уже згадувалося, тимчасову заборону публікацій було видано у Великій Британії щодо книги «Ловець шпигунів», мемуарів Пітера Райта, офіцера британських спеціальних служб у відставці. Дві газети, «Обсервер» і «Ґардіан», опублікували фрагменти цієї книги, що була видана в Австралії. Частина книги також була оприлюднена у Великій Британії в інших книгах і в телевізійних інтерв'ю. «Ловець шпигунів» містив розповіді про нібито протиправну діяльність британських спеціальних служб.

Британський уряд одержав від суду заборону на подальші публікації в обох газетах фрагментів книги, які становили розголошення таємної інформації, а тому є протиправними. Інша газета, «Санді Таймс», також почала видавати фрагменти з цієї книги. Генеральний прокурор розпочав судовий процес проти «Санді Таймс». У цьому випадку приводом до порушення справи була образа суду.

У той час книга була видана також у Сполучених Штатах, і британський уряд не вчинив ніякої спроби, щоб запобігти її імпорту до Великої Британії. Цей останній факт був вирішальним для Суду, який заявив, що поки книгу не було опубліковано в Сполучених Штатах, британський уряд, враховуючи його становище, мав право чинити дії, спрямовані на запобігання оприлюдненню інформації, що загрожує національній безпеці. Проте, Суд визнав одноголосно, що після подвійного опублікування за кордоном втручання влади не було «необхідним» через те, що газети стали жертвами порушення гарантій, що випливають зі ст. 10.

Чотирма роками пізніше, у 1995 р., до Суду надійшла подібна справа *Ференігінґ Вікблад Блуф проти Нідерландів*. У цій справі редактори лівого часопису одержа-

ли рапорт, складений шість років тому про офіцерів Служби безпеки (BVD). Редактори вирішили видати цей рапорт. Директор BVD повідомив прокуратуру щодо наміру видавців. На його думку, це порушило б кримінальне право.

Незважаючи на судову заборону і короткий арешт, накладений на трьох осіб, втягнутих у справу, редактори часопису прийняли рішення опублікувати і розповсюдити цей рапорт. Врешті, влада відступила від кримінального переслідування видавців газети. Часопис звернувся до суду про повернення конфіскованих екземплярів першого накладу. Верховний суд Нідерландів остаточно відмовив у проханні, ствердивши, що кримінальний процес міг би привести до заборони впровадження газети в обіг. Разом з тим, що стосується національної безпеки, то суд визнав, що газета «Ференіґінґ Вікблад Блуф» опублікувала інформацію, таємність якої була дуже важливою для інтересів держави. Нарешті, на думку суду, конфіскація і вилучення з обігу не може порівнюватися з постановою про попереднє забезпечення позову, навіть якщо громадська думка не може погодитися з надрукованими думками і ідеями.

Відправна точка Суду була інакшою, ніж у справі *Обсервер і Ґардіан.* У справі *Ференігінґ Вікблад Блуф* Суд відзначив, що: «Суд не може прийняти той аргумент, що ст. 10 запобігає інакше, ніж в кримінальному судочинстві, призначенню конфіскації і вилученню з обігу надрукованих матеріалів.

Національні органи влади повинні бути спроможні застосувати такі заходи виключно для того, щоб запобігати розголошенню таємниці без застосування кримінального процесу проти заінтересованої сторони, забезпечуючи, щоб національне право надавало тій стороні достатні процедурні гарантії. Право Нідерландів виконує цю вимогу шляхом надання можливості такій стороні подавати скаргу як на конфіскацію предмета, так і на його вилучення з обігу, яким об'єднання користувалося у цій справі [§ 32].

Європейський суд визнає, що належне функціонування демократичного суспільства, заснованого на верховенстві права, може потребувати інституції, подібні до BVD, які для того, щоб бути ефективними, повинні діяти таємно і отримувати необхідний захист. У такий спосіб держава може захистити себе від дій осіб і груп, які намагаються підірвати основні цінності демократичного суспільства [§35].

Через природу обов'язків, що виконуються внутрішньою службою безпеки, чия цінність не потребує обговорення, Суд, подібно до Комісії, визнає, що така інституція повинна забезпечувати високий рівень захисту там, де це стосується оприлюднення інформації щодо її діяльності» [§ 40].

Після того, як без дозволу було розповсюджено часопис, ситуація змінилася. Суд розглянув також, чи необхідною була подальша конфіскація накладу часопису. Суд вважав, що це не відповідало ст. 10, тому що: «вилучення з обігу повинно бути розв'язане з урахуванням сукупності обставин справи. Після конфіскації накладу щотижневика його видавці додрукували велику кількість копій і розпродали їх на вулицях Амстердама, який у той день був дуже людним. Відомості з рапорту були потім широко розповсюджені до того, як щотижневик було вилучено з обігу. Суперечливою залишається кількість розповсюджених екземплярів. Суд не бачить, однак, приводу, аби сумніватися, що, в будь-якому разі, було продано велику кількість екземплярів, і що рапорт BVD став широко відомим [§ 43].

У зв'язку зі згаданим вище Суд підкреслив, що, як це він вже чинив у подібних справах, не було необхідним запобігати розповсюдженню певних відомостей, якщо вони попередньо потрапили до громадськості або перестали бути таємними [§44].

Без сумніву, у розглядуваній справі ступінь поширення інформації відрізнявся [порівняно зі справою *Обсервер і Гардіан* чи *Санді Таймс]*. Відомості, що містилися у рапорті, потрапили до значної кількості людей, які могли переказати її іншим. Більше того, ці події були прокоментовані засобами масової інформації. Беручи це до уваги, потрібно визнати, що захист тієї інформації як державної таємниці більше не був виправданим і вилучення видання № 267 «Bluf» більше не було необхідним для досягнення переслідуваної законної мети. Було б цілком можливим подати позов проти кривдників» [§ 45].

Суд не поділяв думку заявника, що нідерландська влада не врахувала його (заявника) явного впливу, шляхом видання матеріалів, на поширення суспільних дебатів, які тоді відбувалися в Нідерландах і стосувалися діяльності BVD.

Свобода слова і обов'язки та завдання представників державної служби. Державні службовці, передусім посадові особи, що займають високий щабель, мають особливий обов'язок дотримуватися певного ступеня розсуду. Такою була позиція Комісії у справі заяви проти Норвегії, де посадова особа високого рангу, яка мала психічний розлад, стверджувала, що її переміщення на іншу посаду в уряді після того, як він привселюдно звинуватив державу у встановленні спостереження за ним, є порушенням ст. 10. Національні суди відхилили обвинувачення. Комісія зазначила, що: «Залишення на посаді начальника відділу особи, яка справляє враження психічно неврівноваженої, зменшило б престиж Міністерства і довіру до нього як у внутрішній, так і у зовнішній сфері» [№ 9401/81, D. R. 27, с 228].

Комісія винесла подібне рішення у британській справі, в якій заявник був посадовою особою, обіймаючи посаду політичного характеру (політично обмеженийпост — *politically restricted post)* і одночасно був обраний членом ради графства. Його було запрошено взяти участь у телевізійній програмі, але його начальник не дав йому на це дозволу. Всупереч забороні, він брав участь у тій програмі, яку було присвячено його роботі. У результаті його було піддано дисциплінарному покаранню. У тій справі Комісія зазначила, що: «Захист розмаїтості думки від переслідування — фундаментальна риса демократичних суспільств, в яких права людини, що містяться в Конвенції, захищені...

Обрані представники мають відігравати спеціальну роль у функціонуванні демократичного суспільства, і очікується, що вони можуть часто опитуватися засобами масової інформації для того, щоб дати публічний коментар. [Проте,] там де особа, яку обрано представником, також займає іншу посаду, яка, за своєю природою, накладає обов'язки і відповідальність, в даних обставинах повинні бути враховані обидві сукупності обов'язків. У обставинах, де обов'язки, що виникають з однієї посади можуть виконуватися за рахунок інших обов'язків, звичайно, оцінка таких суперечливих зобов'язань — особисте питання. Проте, якщо, як це було в цій справі, користування свободою вираження поглядів тягне за собою відповідальність особи перед державою, з огляду на її знання, отримані завдяки його праці у вразливому Міністерстві, ст. 10 Конвенції припускає можливість, що національні органи влади можуть цілком законно самостійно оцінювати такі суперечливі обов'язки, якщо так необхідно чинити в демократичному суспільстві для однієї з цілей п. 2 ст. 10» [№ 10293/83, D. R. 45, **с** 41].

Дуже схожий фактичний стан мала інша британська справа, в якій Суд виніс зирок у 1998 р. У справі *Ахмед і інші* чотири службовці обіймали в органах самоврядування Лондону посади політичного характеру, так як окреслив їх міністр охорони довкілля. У зв'язку з тим вони не могли ні бути кандидатами на посади, які обіймаються в результаті виборів, ні відмовитися від партійних посад. На думку

Суду, тут не було порушення ст. 10 Конвенції, оскільки свобода слова не може означати перенесення партійних спорів до урядів.

У справі *Ахмед і інші* Суд повторив своє положення, згідно з яким там, де в гру входить свобода висловлювань працівника державної служби, влада має певні межі вільного прийняття рішень з огляду на обов'язки і відповідальність тих осіб як державних посадових осіб (§ 61). Отже, Суд визнав, що наказ міністра, який накладав обмеження на політичну діяльність службовців місцевих влад, є припустимим у світлі ст. 10 Конвенції (§ 63). Ужиті заходи не були непропорційними. Тому «держава не може бути звинувачена у порушенні свободи слова через ухилляння від переговорів між роботодавцем і заінтересованими посадовими особами у справі впровадження обговорюваних обмежень, ані за охоплення тими обмеженнями майбутніх посадових осіб, які обіймають посади політичного характеру». Суд погодився з позицією уряду, що у тій справі йшлося не про унеможливлення службовцям будь-яких коментарів у політичних справах, а про уникання ними таких відповідей, які були б визнані місцевими виборцями такими, що зневажають або суперечать поглядам якоїсь політичної партії.

В іспанській справі *Кастеллс* заявником був сенатор, засуджений за загрозу безпеці країни через спроби дискредитації демократичних інституцій. Він видав у 1979 р. статтю, що звинувачувала уряд в участі в нападах збройних груп правих і вбивств басків, що виявилося правдою 20 років опісля. Іспанські суди не були переконані щодо певної підстави розпочати кримінальну справу. Як зауважив Суд в одному з вироків, виявилося, що метою діяльності влади була не охорона громадського порядку і національної безпеки, а збереження гідності уряду. Заяви Кастеллса, аби розпочати розгляд доказів щодо правдивості наведених ним фактів і їхньої загальновідомості, були відкинуті судами, оскільки вивчення тих доказів було неприпустимим з огляду на звинувачення в образі державних інститутів.

Суд визнав, що в тій справі іспанська влада порушила приписи ст. 10 і аргументував це тим, що: «Пан Кастеллс не висловив своєї думки з трибуни Сенату, що він міг би зробити без страху санкцій, але вирішив зробити це на сторінках часопису. Це не означає, проте, що він втратив своє право критикувати уряд. Не потрібно забувати, яким є головне завдання преси у правовій державі... Свобода преси... надає політичним діячам можливість критики і коментування того, що становить суспільну думку, надаючи можливість кожному брати участь у вільній демократичній дискусії, що становить саму сутність демократичного суспільства...» [§ 43].

Суд також у тій справі відзначив, що згідно зі ст. 10: «межі припустимої критики є ширшими щодо уряду, ніж щодо... політичного діяча. У демократичній системі дії чи бездіяльність влади мусять підлягати прискіпливій перевірці не тільки законодавчої і судової влади, але також преси і суспільної думки. Крім того, домінуюче положення, яке займає уряд, робить необхідним накладання обмежень на застосування кримінального процесу, особливо в тій сфері, де для відповіді доступні інші засоби...» [§ 46].

У такий спосіб Суд відхилив скаргу іспанського уряду щодо того, що заявник, маючи свої «обов'язки» і «відповідальність» як член Парламенту, переступив нормальні межі політичних дискусій, намагаючись дестабілізувати демократичну систему під час найбільш критичного моменту відразу після прийняття Конституції в 1977 р.

Концепція «обов'язків» і «відповідальності», звісно, не порожня. Найкращим прикладом у цьому питанні є грецька справа *Гаджіанастасі* 1992 р. Офіцер Гаджіанастасі був засуджений військовим судом за оприлюднення інформації незначної важливості, яка, однак, вважалася таємницею. Він оприлюднив інфор-

мацію стосовно певної зброї і її технічних характеристик, що могло спричинити значні збитки національній безпеці. Заявник стверджував, що звичайне технічне вивчення, яке базується повністю на його власній документації, не могло становити загрозу національній безпеці. Засудження заявника апеляційним судом спиралося, проте, на розкриття «загальної інформації», щодо якої існує військова вимога збереження таємниці. Два експерти, призначені апеляційним судом, визнали, однак, незважаючи на те, що вони використовували різні методи для дослідження, що «частину технічного знання неминуче було розголошено» [§ 45].

У справі Гаджіанастасі суд одностайно вирішив, що ст. 10 не було порушено. Члени Суду аргументували це так: «Потрібно взяти до уваги спеціальні умови, невід'ємні від військового життя, військові або спеціальні «обов'язки» і «відповідальність», які стосуються членів збройних сил... Заявник — офіцер К. Е. Т. А., відповідальний за експериментальну ракетну програму, був зв'язаний обов'язком збереження таємниці, якщо йдеться про будь-що, пов'язане з його обов'язками.

Грецькі військові суди не можуть підозрюватися у порушенні меж сфери оцінки, що повинна бути залишена внутрішній владі в питаннях національної безпеки. Надалі докази не виказують нестачі розумних пропорцій між застосовуваними засобами і законною обґрунтованою ціллю, яку потрібно осягнути» [§§46-47].

Доступ до праці у державному секторі. Зрозуміло, що в деяких відділах державної служби, передусім у тих, які особливо важливі з погляду внутрішньої і зовнішньої політики, держава повинна мати широкі межі свободи в призначенні і звільненні членів персоналу. Як уже згадувалося, посадові особи державної служби виконують обов'язки і несуть відповідальність, згадані в п. 2 ст. 10, що безпосередньо впливає на їхню свободу передавати іншим інформацію та ідеї. Це призводить до вирішення двох питань: право кандидата на публічну посаду мати доступ до інформації, зібраної про нього спеціальними чи іншими урядовими службами, з одного боку, або встановлення списку тих посад, щодо яких повинні бути виконані спеціальні вимоги «політичної коректності», з другого.

Суд займався правом на отримання інформації у шведській справі *Ліндер* 1987 р. Заявника було звільнено з посади теслі в публічному музеї військового флоту тому, що поліція безпеки вважала, що він створює загрозу для національної безпеки, з огляду на його минулі тісні зв'язки з крайніми лівими. Заявник хотів мати доступ до свого персонального досьє з зібраними про нього поліцією даними. Таким чином, він хотів з'ясувати можливі неточності. Влада відхилила з прохання.

Суд вирішив, що в тій справі не було порушення «свободи одержання інформації» у світлі ст. 10, тому що доступ до праці у публічному секторі не захищений Конвенцією. Суд сказав, що хоча ст. 10 гарантує право на свободу одержання інформації і «в основному забороняє уряду накладання обмеження у сфері отримання особою інформації, яку інші бажають або можуть бажати передати їй», це, однак, «в обставинах даної справи не надає права особі на доступу до реєстру, що містить інформацію щодо його особистої позиції, і при цьому це не зобов'язує уряд передати йому таку інформацію», взагалі забороняє уряду перешкоджати доступу до інформації, якою інші люди хотіли або могли поділитися. Що також]**в** таких обставинах, як в тій справі, не надає особі права доступу до реєстру, що **містить** інформацію про його посаду, і при цьому не покладає на уряд обов'язку ися такою інформацією з тією особою» [§ 74].

Десятьма роками пізніше, у квітні 1997 р., два шведські правники ще раз звернулися до Суду у справі *Ліндера*, з проханням про новий розгляд. Відповідно до

представлених доказів, Уряд, нібито, подав до Суду неправдиві свідчення щодо центральних фактів. Один із правників заявив: «У зв'язку із тим, що п. Ліндер програв справу чотирма голосами проти трьох, і шведський суддя знав про неправдиві твердження уряду, просимо про новий розгляд справи. Я думаю — принаймні, якщо йдеться про пізніше твердження уряду, що Суд і Комісія вважають, що немає ніяких проблем із шведською системою керування персоналом — необхідно, щоб судовий процес було засновано на правдивих характеристиках цієї справи».

Суд застосовував подібний підхід протягом декількох років у німецьких справах щодо відповідності німецького права і практики «Berufsverbot» Конвенції. Відповідно до політики «Berufsverbot», кожний державний службовець повинен присягати на вірність Конституції і її вартостям. Осіб, які поділяли крайні ліві і крайні праві симпатії, не приймали на державну службу навіть на найнижчу посаду. Суд не визнавав тієї практики як такої, що суперечить ст. 10 Конвенції (справи 1986 р. *Ґлансенап* і *Косєк).* У тих справах Суд обмежився, в основному, твердженням, що право доступу до державної служби не охороняється Конвенцією. Це означає, що відмова у працевлаштуванні особи на посаду публічного характеру не може бути предметом скарги на підставі Конвенції *{Ґлансенап* §49).

Після 1989 р., коли Німеччина більше не межувала з комуністичним блоком. Суд змінив своє ставлення у справі *Фогт.* У 1987 р. пані Фогт була звільнена зі школи, де вона працювала, починаючи з 1979 р., тому що вона з 1972 р. належала до Комуністичної партії Німеччини. Вона відмовилася залишити діяльність у цій партії, і для керівництва це означало, що вона не виконує обов'язок кожного державного службовця, що має на меті підтримку вільної конституційної демократичної системи. У 1995 р. Суд підтримав позицію уряду, яка полягала у тому, що державна служба, яка знаходиться далеко від політичних радикалізмів, «є гарантом Конституції і демократії» [§ 59]. У зв'язку з цим Суд визнав, однак, що «незважаючи на те, що держава і право накладають на державних службовців, з огляду на їхній статус, обов'язок діяти на власний розсуд, державні службовці є індивідами і, як такі, підлягають захисту ст. 10 Конвенції» [§ 59]. Суд підкреслив у тому рішенні, що він розуміє, що аргументи уряду викликані історією Німеччини і тим фактом, що країна бажала уникнути повторення колишнього досвіду створюючи нову державу, яка б відповідала передумові, що це повинна бути «демократія, здатна захистити себе сама». Суд визнав, однак, що цей погляд не означає, що «особа, призначена для виконання функцій державної влади, не може подавати скарги з приводу її звільнення, якщо це звільнення порушує її права, гарантовані Конвенцією. У приписах статей 1 і 14 Конвенція містить постанову, що «кожний, хто підлягає юрисдикції» договірних сторін, повинен користуватися правами і свободами «без дискримінації на будь-якій підставі». Більше того, у кінці п. 2 ст. 11 державі дозволяється накладати спеціальні обмеження на свободу зібрань та об'єднань для «осіб, які входять до складу збройних сил, поліції або органів державного управління». Це підтверджує, як загальне правило, що гарантії Конвенції поширюються на працівників державної служби. Отже, статус державного працівника, який набула пані Фогт з моменту визнання її вчителем середньої школи, не позбавляє її охорони ст. 10» [§ 43]. Остаточно, однак. Суд не визнав, що у тій справі німецька влада порушила припис ст. 10 Конвенції. Таким чином, визнається, що діяльність відповідно до конституційного порядку «є обов'язком кожної посадової особи державної служби незалежно від її/його позиції і рангу. Це означає, що кожна посадова особа державної служби... мусить

однозначно відмовитися від участі в групах і рухах, які компетентна влада вважає ворожими Конституції. Це не дає змоги провести різницю між службою і приватним життям» [§ 59]». Отже, на відміну від справ *Глансенап* і *Косєк*, в яких заявникам відмовлено у доступі до державної служби, Суд визнав, що у справі *Фоґт* дійшло до втручання в права, гарантовані Конвенцією. Пані Фоґт працювала і була звільнена зі школи у зв'язку з виявленням у неї радикальних політичних поглядів. Втручання те містилося однак у межах тексту п. 2 ст. 10 Конвенції.

Свобода слова і потреба охорони громадського порядку. У нідерландській справі *Енґель та інші* йшлося про заборону розповсюдження газети, в якій солдати критикували деяких офіцерів. Суд не знайшов порушення ст. 10. У цій справі Суд сказав, що під поняттям «громадський порядок» потрібно розуміти «порядок, який повинен панувати в межах певної соціальної групи... у випадку збройних сил, безладдя в групі може мати наслідки у цілому суспільстві [§ 98]. Належне функціонування армії важко уявити без юридичних норм, розроблених для того, щоб запобігти підриву військової дисципліни військовослужбовцями, наприклад, статтями... [Право Нідерландів] засноване на цій законній вимозі не суперечить ст. 10...» [§ 100].

Суд визнав, проте, що ця умова захищає також права солдат, які відбувають строкову службу: «Тут не було питання позбавлення їхньої свободи вираження поглядів, а тільки покарання за образливе здійснення тієї свободи з їхнього боку. Тому видається, що це рішення не порушило п. 2 ст. 10» [§ 101].

Через вісімнадцять років, у 1994 р., Суд знайшов порушення державою ст. 10 у справі, дуже схожій до справи *Енґель*. Це була австрійська справа *Ференіґунґ Демократішер Зольдатен Остеррайхс* і *Ґубі*. Влада заборонила розповсюдження серед солдатів, що проходили службу, часопису, в якому критикувалася військова адміністрація. У той же час інші приватні й урядові періодичні видання розповсюджувалися серед призовників. Австрійський уряд стверджував, що часопис заявника загрожував системі оборони й ефективності армії. Заявник посилався на те, що уряд поступово здійснював більшість реформ, запропонованих часописом. Суд погодився з аргументами заявника і стверджував, що: «Жоден із випусків [часопису] *«der Igel»*, поданий як доказ, не містив заклик до непокори або насильства і навіть не брав під сумнів корисність армії. За загальним визнанням, більшість видань містять скарги, пропозиції реформ або заохочують читачів розпочати подавати скарги. Проте, незважаючи на те, що статті часто мали полемічний характер, не виглядає, що заявники переступили межу того, що припустимо у контексті простого обговорення ідей, які повинні допускатися в армії демократичної держави також, як це повинно бути в суспільстві, якому така армія служить» [§ 38].

Розглядаючи питання про свободу вираження, не можна оминути увагою ARTICLE XIX — принципи, прийняті на конференції у Лондоні в серпні 2000 р. Як зазначено у преамбулі цього документа, він був прийнятий згідно з проголошеними у Хартії ООН принципами, про які йдеться у Загальній декларації з прав людини, що в основі свободи, справедливості і миру покладено визнання рівності і невід'ємності прав усіх людей, підтверджуючи те, що свобода вираження поглядів і обміну інформацією, включаючи вільне і відкрите обговорення г.итань, які становлять суспільний інтерес, навіть якщо це передбачає критику окремих осіб, мають велике значення у демократичному суспільстві для особистого розвитку, гідності, самореалізації кожної особи, а також для забезпечення прогресу і добробуту суспільства та користування іншими правами людини і основними свободами; беручи до уваги відповідні положення Загальної декла-

рації з прав людини, Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, Африканської хартії з прав людини і народів, Американської конвенції з прав людини, Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод, а також положення національних конституцій; зважаючи на фундаментальну необхідність у незалежній і неупередженій судовій системі, у забезпеченні дотримання верховенства права і захисті прав людини, включаючи права на свободу вираження поглядів, а також необхідності у постійному вдосконаленні рівня підготовки суддів у галузі прав людини і, зокрема, у галузі права на свободу вираження поглядів; пам'ятаючи про важливість для людей їхньої репутації і необхідності забезпечення достатнього рівня її захисту; знаючи також про поширеність законів про дифамацію, які безпідставно обмежують можливості суспільного обговорення питань, що становлять суспільний інтерес, і про те, що такі закони підтримуються урядами на підставі необхідності у захисті репутації, а також про часте зловживання цими законами окремими державними посадовими особами; усвідомлюючи важливість відкритого доступу до інформації, і особливо права на доступ до наявної в органах державної влади інформації, плекання акуратної журналістики та обмеження публікацій, які не відповідають дійсності або заяви з потенційно паплюжуючим змістом; знаючи про роль засобів масової інформації у задоволенні права суспільства бути поінформованим, в забезпеченні атмосфери для суспільного обговорення питань, які становлять суспільний інтерес та у виконанні ролі «сторожового пса», який є запорукою прозорості дій уряду, визнаючи важливість створення засобами масової інформації механізмів саморегулювання, які були б ефективними і доступними у забезпеченні захисту репутації і безпідставно не обмежували б право на свободу вираження поглядів: бажаючи сприяти найкращому розумінню важливості пошуку необхідної рівноваги між правом на свободу вираження поглядів і необхідністю у захисті репутації. На підставі викладеного національним, регіональним і міжнародним органам було рекомендовано вжити, у межах їхньої компетенції, достатні заходи для забезпечення повсюдного поширення, прийняття і впровадження викладених у документі принципів.

Принцип 1. Свобода вираження думки, поглядів і інформації.

а) Кожен має право на безперешкодне висловлення своєї думки.

б) Кожен має право на свободу вираження поглядів, що включає в себе свобо ду пошуку, отримання і надання будь-якої інформації та ідей, незалежно від кор донів, як в усній, так і у письмовій чи друкованій формі, у формі мистецтва або у будь-якій інший спосіб за його чи її вибором.

в) Здійснення передбаченого у пункті б) права може, якщо можна довести в цьому необхідність, бути підданим обмеженням за наявності конкретних підстав, передбачених системою міжнародно-правового регулювання, включаючи захист репутації інших.

г) Кожен, хто зазнав обмеження свободи вираження поглядів як у прямий, так і у непрямий спосіб, повинен мати можливість оспорити обґрунтованість такого обмеження як питання конституційного законодавства або законодавства з пи тань прав людини у незалежному суді чи органі правосуддя.

д) Будь-яке накладення обмеження на право на свободу вираження поглядів повинно бути забезпечено адекватним захистом, що включає право на доступ до незалежного суду чи судового органу як одного з аспектів верховенства права.

Цей принцип має забезпечуватися підпорядкованими йому принципами: — принцип 1.1. Передбачення законодавством: будь-яке обмеження права на свободу вираження поглядів або на інформацію мусить бути передбачене законо-

давством. Законодавство має бути доступним, однозначним, конкретним і чітким з тим, щоб особа могла, з достатньою впевненістю, завчасно передбачити законність або незаконність певної дії;

—принцип 1.2. Законність захисту репутації: введення будь-якого обмеження права на свободу вираження поглядів або інформації, яке намагаються виправдати на підставі захисту репутації інших, мусить насправді мати цю мету і виконуватися так, щоб фактично досягти захисту лише легітимного інтересу задля збереження репутації;

—принцип 1.3. Необхідність у демократичному суспільстві: будь-яке обмеження права на свободу вираження поглядів або інформації, включаючи захист репутації інших, не може бути виправдане, якщо переконливо не доведено його необхідність у демократичному суспільстві. Зокрема, обмеження є безпідставним, якщо в певних обставинах існують менш обмежувальні і доступні засоби законного захисту репутації; або, зважаючи на всі обставини, обмеження виявиться невідповідним через те, що користь захисту репутації не набагато переважить шкоду, завдану свободі вираження поглядів.

Принцип 1 створено, спираючись на міжнародні і конституційні гарантії свободи вираження поглядів, які авторитетно й докладно визначені міжнародним і порівняльним правом, а також Сіракузькими принципами, в яких йдеться про положення Міжнародного пакту про громадянські і політичні права з питань обмеження і часткового скасування. У переважній більшості актів системи міжнародно-правового регулювання і багатьох національних законодавствах з питань свободи вираження поглядів часто йдеться про триступеневу перевірку законності введення обмеження права на свободу вираження поглядів, про що йдеться у Принципах 1.1 і 1.3 або їх відповідному варіанті.

Принцип 2. Легітимність мети у законодавстві з питань дифамації.

а) Закони з питань дифамації є безпідставними, якщо їх справжня мета і ре зультат застосування чітко не зводяться до захисту репутації окремих осіб — або окремих суб'єктів, які мають право подавати позов і відповідати в суді, — а не до завдання їм шкоди, до якої входить зменшення поваги до них в їхньому оточенні, перетворення їх на об'єкт суспільного посміховища чи неприязні, або створення умов, за яких їх будуть остерігатися чи уникати.

б) Закони з питань дифамації є безпідставними, якщо вони мають за мету або за результат захист осіб від спричинення шкоди їхній репутації, якої вони не мають чи не заслуговують, або захист репутації інших суб'єктів, ніж ті, які мають право пода вати позов і відповідати в суді. Зокрема, запровадження законодавства з питань іифамації є безпідставним, якщо воно має на меті або його результатом є:

1) захист посадових осіб від законної критики або викриття їх посадових правопорушень чи корупції;

2) захист «репутації» таких об'єктів, як державна або релігійна символіка, прапори або національна символіка;

3) захист «репутації» держави або народу (нації) як таких;

4) надання особам можливості подавати позов від імені померлих осіб;

5) дозвіл особам подавати позов від імені групи, яка за своїм статусом не може цього робити.

в) Закони про дифамацію також не можуть бути справедливими на підставі того що вони орієнтовані радше на захист інтересів, ніж репутації, де такі інтереси, навіть якщо вони могли би виправдати обмеження свободи висловлювань, краще залишені спеціальними законами для таких цілей. Особливо закони про дифамацію не можуть бути справедливими на підставі того, що вони забезпечують

громадський порядок, національну безпеку або дружні стосунки з іншими державами або урядами.

Єдиною законною метою законів з питань дифамації є захист репутації. Разоум з тим, практика багатьох держав світу свідчить про зловживання законами з питань дифамації з метою запобігання відкритому суспільному обговоренню і законної критики правопорушень посадових осіб. У багатьох державах створено такі закони, які стоять на захисті певних об'єктів, включаючи національну або релігійну символіку. Оскільки об'єкт як такий не може мати репутацію, мета таких законодавств є незаконною.

Завдана репутації людини шкода в результаті безпідставної критики має прямий і особистий характер. На відміну від власності, репутація не успадковується, будь-який інтерес у репутації покійної людини, який міг залишитися у родичів після смерті його володаря, фундаментально різниться від живої особи з її власною репутацією. Крім того, правом на судовий захист за дифамацію репутації померлої особи можна легко зловживати задля запобігання вільній та відкритій дискусії щодо історичних подій.

Групи без законного статусу не мають особистої репутації у будь-якому значенні цього терміна. Закон з питань дифамації є безпідставним, якщо він має на меті підтримку репутації подібних груп. У Принципі 2 (б) (5) йдеться як про подання групового позову з питань дифамації від імені всіх членів групи, так і про подання окремих осіб, які стверджують, що їх було піддано дифамації, у непрямій формі, як окремих членів цієї групи. Окремі члени цієї групи можуть подати позов за дифамацію, якщо вони можуть довести, що це стосувалося саме їх і саме вони постраждали.

Деякі держави намагаються знайти підстави для виправдання законів з питань дифамації, особливо кримінального характеру, у тому, що вони, крім репутації, захищають такі державні інтереси, як підтримка громадського порядку чи національної безпеки або дружніх стосунків з іншими державами. Оскільки закон з питань дифамації спеціально не створюється для захисту цих інтересів, він не витримує перевірки на його необхідність, коли йдеться про можливість обмеження права на свободу вираження поглядів, про яке йдеться у Принципі 1.3. Подібні інтереси, якщо вони законні, повинні знайти захист у спеціально призначених для цього законах.

Принцип 3. Дифамація органів влади.

Усім органам державної влади, включаючи законодавчі, виконавчі чи судові, або деяких, що пов'язані з виконанням державних функцій, треба повністю заборонити порушувати пов'язані з дифамацією справи.

У деяких державах вищі державні суди обмежили можливість органів державної влади, включаючи обраних органів, державних підприємств і навіть політичних партій порушувати пов'язані з дифамацією справи. Цей крок було зроблено як знак визнання надзвичайної важливості для демократії відкритої критики уряду і органів державної влади, обмеженого і суспільного характеру репутації цих органів і широкого набору засобів, які мають у своєму розпорядженні органи державної влади для свого захисту від критики. Застосовуючи цей принцип, необхідно взяти до уваги світову тенденцію поширення такої заборони на все більше коло органів державної влади.

Розділ 2 ARTICLE XIX присвячений питанню кримінальної відповідальності за наклеп (дифамацію). Всі кримінальні закони з питань дифамації (наклеп, образа) необхідно скасувати і замінити, якщо необхідно, на відповідне цивільне законодавство з питань дифамації. Державам, у яких ще існує кримінальне зако-

нодавство з питань дифамації, необхідно вжити заходів для поступового впровадження цього принципу.

Державам необхідно вжити негайних заходів для забезпечення повної відповідності чинного кримінального законодавства з питань дифамації таким умовам:

1) ніхто не може бути засудженим за дифамацію згідно з кримінальним законодавством, якщо сторона, яка стверджує, що вона була піддана дифамації, повністю не доведе наявність всього складу злочину, як вказано нижче;

2) вислови паплюжуючого характеру не визнаються правопорушенням згідно з кримінальним законодавством з питань дифамації доти, доки не буде доведено, що оскаржувані вислови не відповідають дійсності, їх було зроблено зі знанням того, що вони не відповідають дійсності, або їх було зроблено з нехтуванням того, відповідають вони дійсності чи ні, і що їх було зроблено навмисно, аби завдати шкоди стороні, яка стверджує, що була піддана дифамації;

3) органи державної влади, включаючи поліцію і прокуратуру, не повинні брати участі у порушенні кримінальних справ про наклеп або розпочинати переслідування щодо них, незалежно від статусу сторони, яка стверджує, що її було піддано дифамації, навіть якщо він або вона обіймає вищу державну посаду;

4) засудження до позбавлення волі, умовне засудження до позбавлення волі, тимчасове позбавлення права на вираження думки через будь-який засіб або журналістику, або будь-яку іншу професію, накладення надмірних штрафів та інших жорстких видів кримінального покарання не можуть використовуватись як засоби покарання за порушення законодавства з питань дифамації, незалежно від того, якими б грубими або вульгарними не були ці вислови паплюжуючого характеру.

Криміналізація якоїсь діяльності передбачає наявність чіткого державного інтересу контролювати цей вид діяльності і накладає на неї певне соціальне тавро. Беручи це до уваги, міжнародні суди наголосили на необхідності обмеження застосування урядами правових засобів кримінального законодавства у випадках обмеження основних прав. У багатьох державах захист репутації вважається передусім або виключно приватним інтересом. Досвід свідчить про те, що немає необхідності у криміналізації заяв паплюжуючого характеру як відповідного захисту репутації.

У багатьох державах органи державної влади зловживають кримінальним законодавством з питань дифамації з тим, щоб обмежити критику і поставити перешкоду можливості громадського обговорення. Загроза введення жорстких кримінальних санкцій, особливо позбавлення волі, дуже стримує свободу вираження поглядів. Подібні санкції явно безпідставні, особливо у світлі відповідності введення некримінальних санкцій у випадку відшкодування шкоди, завданої репутації осіб. Можливість зловживання кримінальним законодавством з питань дифамації, навіть у державах, де воно загалом помірно застосовується, існує завжди. Про незаконність застосування кримінального законодавства з питань дифамації для підтримки громадського порядку або для захисту державного інтересу вже йшлося. З огляду на це, існує необхідність у скасуванні кримінального законодавства з питань дифамації.

Разом з тим, у багатьох державах кримінальне законодавство з питань дифамації залишається головним засобом вирішення справ, пов'язаних з заподіянням невиправданої шкоди репутації. Для зведення практично до мінімуму можливості зловживань і безпідставних обмежень права на свободу вираження поглядів важливо вжити невідкладних заходів для забезпечення відповідності цих законів чотирьом умовам, викладеним у підпункті б). Основний принцип кримінального

законодавства, а саме презумпція невинуватості, вимагає від сторони, яка порушила кримінальну справу, довести весь склад правопорушення. У випадку дифамації складом злочину є невідповідність поширеної інформації дійсності і відповідна ступінь вини. В основу третьої умови покладено часте зловживання державними посадовими особами кримінальним законодавством про наклеп. включаючи можливості використання державних ресурсів у порушенні справ для захисту суто особистої репутації. Четверта умова виходить з того, що санкції повинні бути відповідними і не повинні стримувати свободу вираження поглядів у майбутньому.

Розділ 3 присвячено цивільній відповідальності за дифамацію. Так, строк подання позову з питань дифамації не повинен перевищувати одного року від дати публікації, за винятком особливих обставин. Суди повинні забезпечити достатньо розумні строки виконання кожного етапу провадження з питань дифамації з тим, щоб обмежити негативний вплив затримки на свободу вираження поглядів. Разом з тим, за жодних обставин швидкість провадження у справі не повинна позбавляти відповідача достатньої можливості для здійснення свого захисту.

Надання дозволу на порушення справи з великою затримкою після того, як були поширені вислови як основа для порушення справи, позбавляє можливості сторін у цій справі представити відповідний захист. У будь-якому разі, безпідставно порушені справи стримують свободу вираження поглядів відповідачів, а також знижують здатність позивачів вчасно отримати відповідну компенсацію. Разом з тим, законодавством деяких правових систем передбачено безпідставно малий строк для сторін у справах з питань дифамації. Це означає, крім іншого, що відповідачі не мають змоги здійснити належний захист. Ця проблема стає ще більшою (особливо щодо доведення правди), коли відповідачі посилаються на конфіденційні джерела інформації, які вони не хочуть розголошувати в суді.

Журналісти та всі інші, хто дістає інформацію від конфіденційних джерел з метою її поширення, переслідуючи суспільні інтереси, мають право не розголошувати конфіденційності своїх джерел. За жодних обставин це право не повинно скасовуватися або обмежуватися у контексті справи з питань дифамації.

Інтереси всіх, на кого поширюється цей принцип, не повинні зачіпатися тільки через відмову цих осіб розголосити конфіденційне джерело.

Таким чином, було чітко визначено, що гарантія свободи вираження поглядів дає право журналістам і іншим особам, які переслідують суспільні інтереси, відмовлятися розголошувати конфіденційне джерело. У цьому принципі йдеться просто про застосування цього права у контексті законодавства з питань дифамації. У разі відмови розголосити конфіденційне джерело особа повинна надати в суді докази його існування. Вагомість і належність доказів вирішує суддя.

У всіх випадках правдивість оскаржуваних висловів звільняє відповідача від будь-якої відповідальності. У випадках, коли вислови зачіпають питання, що становлять суспільний інтерес, позивач мусить довести невідповідність дійсності будь-якого вислову або факту, який вважає дифамаційним. Необхідно переглянути практику безпідставного обмеження можливості відповідачів довести відповідність їх заяв дійсності.

У деяких правових системах безпідставно обмежується можливість відповідачів довести відповідність їх висловів дійсності. Від тих, кому це зробити не вдається, може вимагатися додаткове відшкодування шкоди тільки за те, що вони стверджували, що їх вислови відповідали дійсності, незважаючи на причини, які їм заважають врешті-решт це довести. Це може безпідставно стримувати відповідача надавати докази відповідності своїх заяв дійсності, навіть якщо ці заяви насправді

заповідають дійсності, через побоювання про недостатність цих доказів. Так само, будь-які правила, якими забороняється надання у справах з питань дифамації зазвичай прийнятних доказів, безпідставно обмежують можливість відповідача довести, що їх заяви відповідають дійсності. Прикладами цьому можуть бути відмови у дозволі відповідачеві пред'явити докази колишньої судимості позивача або інших історичних фактів.

Закони з питань дифамації не мають, за жодних обставин, передбачати особливий захист державних посадових осіб, незалежно від їхньої посади або статусу. У цьому принципі йдеться про спосіб подання і розгляду скарг, норми визначення шодо того, несе відповідальність відповідач чи ні, та про можливі види покарання. У багатьох правових системах законодавством з питань дифамації для державних посадових осіб передбачено більший захист, ніж для звичайних громадян. Серед прикладів таких пільг — сприяння з боку державних органів у порушенні справ з питань дифамації, вищі стандарти захисту репутації державних посадових осіб і вищі міри покарання для відповідачів, які вважаються такими, що піддали державних посадових осіб дифамації. У системі міжнародно-правового регулювання вже чітко визначено, що такі державні посадові особи повинні більш, а не менш, толерантно ставитися до критики. Зрозуміло, що особливий захист державних посадових осіб суперечить цьому правилу.

Навіть якщо було доведено, що вислів про факт, який становить суспільний нтерес, не відповідає дійсності, відповідачі повинні мати захист «достатніх летав для публікації». Такий захист передбачається, якщо відповідач мав достатні підстави, враховуючи всі обставини, поширювати матеріал у той спосіб і у тій формі, у яких він або вона це зробила.

для визначення достатності підстав, з огляду на обставини даного випадку, хія поширення матеріалу Суд повинен зважити на важливість свободи вираження поглядів щодо питань, які становлять суспільний інтерес і щодо права населення вчасно отримати інформацію щодо цих питань.

Збільшується кількість правових систем, які визнають «обґрунтованість» захисту або аналогічного захисту, в основі якого покладено ідею «достатньої ретельності» або «сумлінності», — з огляду на жорсткий характер традиційного правила деяких правових системах, згідно з яким відповідачі несуть відповідальність, незалежно від того, чи вони поширюють вислови, які не відповідають дійсності або заяви, відповідність яких дійсності, не можна довести. Таке традиційне правило особливо несправедливе до засобів масової інформації, обов'язок яких полягає у тому, щоб задовольнити право людей бути поінформованими, і часто не можуть зволікати з публікацією або трансляцією матеріалу доти, доки їм не буде достеменно відомо, що кожен факт, про який йдеться у матеріалі, відповідає дійсності. Навіть найкращі журналісти роблять сумлінні помилки, і залишати їх незахищеними перед покаранням за кожну заяву, яка не відповідає дійсності, означало б вибивати суспільний інтерес до отримання вчасно інформації. Більш прийнятною рівновагою між правом на свободу вираження поглядів і репутацією є захист тих. чиї дії були обґрунтованими, дозволяючи, при цьому, позивачам подати в суд на **тих,** чиї дії були необгрунтованими. Для засобів масової інформації дії в межах загальноприйнятих професійних норм за звичаєм повинні витримувати випробування на обґрунтованість.

Ніхто не може бути притягнутий до відповідальності, згідно з законом з питань дифамації, за вираження своєї думки. Думка визначається як: 1) вислів, в якому не міститься твердження фактів, які можна довести як такі, що не відповідають дійсності; 2) вислів, який ніяк не можна тлумачити як такий, в якому

йдеться про реальні факти, зважаючи на всі обставини, включаючи використану мову (такі, як риторика, гіпербола, сатира або жарт).

Чітка норма, яку необхідно застосовувати у справах з питань дифамації, які стосуються свободи вираження думки (або оціночних суджень), ще знаходиться в стані розвитку. Разом з тим, судова практика доводить, що вираження думок заслуговує на високий рівень захисту. У деяких правових системах вираженню думок надається повний захист, виходячи з того, що абсолютне право полягає у тому, щоб мати свій погляд. Високий ступінь суб'єктивності у визначенні «обґрунтованості» думки також свідчить на користь забезпечення повного захисту.

Деякі вислови ззовні можуть бути схожі на те, що в них йдеться про реальні факти. Проте завдяки їх мові або контексту було б безпідставно розуміти їх як такі. Чіткими прикладами є такі засоби риторики, як гіпербола, сатира та жарт. Тому існує необхідність у визначенні думок для законів з питань дифамації у такий спосіб, щоб можна було чітко побачити, що діє справжнє, а не поверхове значення.

Законодавство з питань дифамації не повинно ніколи передбачати відповідальності за певні вислови. До них можна, як мінімум, віднести:

1) будь-який вислів, зроблений під час засідань органів законодавчої влади, включаючи заяви, зроблені обраними членами під час відкритого обговорення і засідання комітетів, та свідками, які повинні давати свідчення перед законодавчими комітетами;

2) будь-яку заяву, зроблену під час засідань місцевих органів влади, членами цих органів влади;

3) будь-яку заяву, зроблену під час судового провадження (включаючи проміжний і досудовий етапи) від будь-кого, хто безпосередньо бере участь у цьо му провадженні (включаючи суддів, сторони, свідків, адвокатів і присяжних), як що ця заява будь-яким чином стосується цього провадження;

4) будь-яку заяву, зроблену під час засідання органу, що має офіційне повноваження проводити розслідування або дізнання у питаннях, пов'язаних із порушенням прав людини, включаючи комісію, яка займається встановленням істини;

5) будь-який документ, розпорядження щодо опублікування якого було видано органом законодавчої влади;

6) неупереджений і точний виклад матеріалу, про який йдеться у згаданих вище пунктах;

7) неупереджений і точний виклад матеріалу, офіційний статус якого дає підстави для його поширення. Це такий матеріал, як офіційна документація державного органу дізнання, іноземного суду або законодавчого органу або міжнародної організації.

Певні заяви не повинні тягти за собою відповідальності, окрім тих, які були доведені як такі, що були зроблені зі злим умислом, через відчуття неприязні або в результаті недоброзичливого ставлення. Ці заяви можуть бути також зроблені під час здійснення юридичного, морального або соціального обов'язку або права.

Ніхто не повинен нести відповідальності, відповідно до законів з питань дифамації, за вислови, автором, редактором або видавцем яких він або вона не був, або якщо він або вона не знали та не мали підстав думати, що те, що вони вчинили, сприяло поширенню дифамації.

Органи, єдина функція яких щодо певної заяви зводиться до забезпечення технічного доступу до Інтернету, до передачі даних через Інтернет або до зберігання всіх або частини веб-сторінки, не несуть ніякої відповідальності за подібні

вислови, окрім, за певних обставин, випадків, коли відомо, що ці органи прийняли відповідний документ. Разом з тим ці органи повинні будуть вжити певних заходів проти подальшої публікації цієї заяви, згідно з накладеними тимчасовими або постійними заборонами.

У поширенні дифамації може брати участь велика кількість людей. Особи, які не брали участі у процесі створення або публікації цього вислову, і які не мають підстави думати, що він є дифамацією, такі, як розповсюджувачі та представники засобів масової інформації або їх продавці, не повинні нести за такий вислів ніякої відповідальності.

Ніхто не повинен бути зобов'язаний законом нести відповідальність, окрім випадків, коли дані особи визнані такими, що несуть відповідальність за публікацію дифамації, згідно з вказаними вище принципами. Разом з тим, це не означає, що газети або інші засоби масової інформації не повинні вживати заходів, наприклад на добровільній основі чи на основі системи самоврегулювання, на підставі твердження про те, що вислови даних осіб завдали шкоди репутації.

Свобода вираження поглядів вимагає, щоб правові засоби захисту від дифамації в усіх, крім виняткових, випадках, були спрямовані тільки на компенсацію прямої шкоди, завданої репутації особи чи осіб, які були піддані дифамації. Застосування правових засобів захисту від дифамації в будь-яких інших цілях спричиняється до неприйнятного стримування свободи вираження поглядів, а це, у свою чергу, ніяк не може бути сумісним з необхідністю у демократичному суспільстві.

Згідно із загальним принципом права, позивачі у цивільних справах зобов'язані зменшити ступінь шкоди. Стосовно законів з питань дифамації це означає, що позивач повинен скористатися будь-якими іншими механізмами, про які йдеться у частині в) цього принципу, який може компенсувати або зменшити ступінь шкоди, завдану його чи її репутації.

Суди повинні віддавати перевагу наявним нематеріальним правовим засобам компенсації будь-якої шкоди репутації, завданої дифамацією.

Випробування на можливість обмеження свободи вираження поглядів для з'ясування «необхідності» у такому обмеженні заважає введенню певних обмежень з менш стримуючими, але все ж з ефективними альтернативними діями. Нематеріальні правові засоби захисту часто менше впливають на вільний потік інформації та ідей, ніж їх матеріальні аналоги, і можуть, разом з тим, стати ефективним засобом компенсації за будь-яку шкоду, завдану репутації особи. Виходячи з цього, подібним правовим засобам захисту треба віддавати перевагу.

У різних правових системах упроваджуватимуться різні правові засоби захисту з менш стримуючою дією, ніж у матеріальних правових засобах. До цих правових засобів можуть бути включені оголошення пробачення, поправки та/або відповіді або публікація судового рішення, яким визнаються дані заяви як дифамація.

Матеріальна компенсація повинна присуджуватися тільки у випадках, коли нематеріальні правові засоби виявляються недостатніми для компенсації шкоди репутації, завданої дифамацією. Оцінюючи кількісну сторону матеріальної компенсації, необхідно зважити, крім іншого, на потенційно стримуючу дію подібної компенсації на свободу вираження поглядів. Матеріальна компенсація завжди повинна відповідати завданій шкоді, брати до уваги можливість застосування будь-якого іншого правового засобу нематеріальної компенсації і присудження певного рівня компенсації за інші правопорушення цивільного характеру.

Компенсація за реальні фінансові збитки або матеріальну шкоду, спричинену дифамацією, повинна присуджуватися тільки у випадках точного встановлення обсягу цих збитків.

У випадках компенсації нематеріальної шкоди, завданої репутації, тобто тієї шкоди, обсяг якої не можна визначити у грошовому відношенні, необхідно встановити найвищу межу рівня такої компенсації. Такий найвищий рівень компенсації повинен застосовуватися тільки у найбільш серйозних справах.

Присудження матеріальної компенсації, яка не стосується компенсації за завдану репутації шкоду, необхідно здійснювати тільки у дуже виняткових випадках, коли позивач довів, що відповідачеві було попередньо відомо про невідповідність його висловів дійсності і що він навмисно намагався завдати позивачеві шкоду.

Під час здійснення провадження у справі з питань дифамації ніколи не можна накладати заборону як запобіжний засіб до опублікування вислову. Не можна накладати тимчасову заборону до повного завершення судового розгляду по суті справи з метою заборони подальшого опублікування, за винятком, коли це відбулося згідно з судовою постановою, а також і у дуже виняткових випадках, у разі задоволення таких умов:

1) позивач може довести, що він або вона зазнає непоправної шкоди, яку не можна компенсувати іншими правовими засобами, у разі подальшого опублікування вислову;

2) позивач може продемонструвати високу ймовірність виграти справу, а також довести, що вислів безсумнівно був дифамацією; та будь-які інші потенційні правові засоби захисту проти його позову будуть явно необгрунтованими.

Накладення тимчасової заборони є крайнім засобом обмеження свободи вираження поглядів. Якщо заборона накладається до опублікування, то така заборона є запобіжним засобом стримування, який повністю забороняється певними міжнародно-правовими актами з питань прав людини. Накладення заборони навіть після першого опублікування має здійснюватись у дуже незначних випадках і тільки тоді, коли цього повністю вимагають обставини. Зокрема, коли відповідач пред'являє будь-який доказ на користь захисту, то цього зазвичай буває достатньо для доведення того, що захист не є небезпідставний, і, відповідно, для скасування клопотання про накладення заборони.

Постійна заборона повинна накладатися тільки у формі судової постанови і після повного завершення справедливого судового розгляду справи по суті. Постійна заборона має накладатися тільки щодо конкретних висловів, які були визнані дифамацією, і щодо конкретних людей, які визнані такими, що несуть відповідальність за опублікування цих заяв. Тільки відповідач вирішує, як запобігти подальшому опублікуванню, наприклад, шляхом вилучення цих заяв з книги.

Присуджуючи компенсацію витрат як позивачам, так і відповідачам, суди повинні приділити особливу увагу потенційному впливу цієї компенсації на свободу вираження поглядів.

У багатьох правових системах судові справи з питань дифамації все більше ускладнюються і дорожчають з погляду можливості їх захисту. У деяких випадках присуджена компенсація витрат відповідачам, які виграли справу, покриває тільки невелику частину реальних витрат для оплати правової допомоги захисника. Це може значно стримати майбутню публікацію інформації, яка становить суспільний інтерес.

Відповідачі повинні бути забезпечені ефективними засобами захисту у випадках, коли позивач порушує явно необгрунтовану справу з метою стримування свободи вираження поглядів, а не з метою захисту своєї репутації.

У деяких випадках впливові у політичному плані, фізичні і юридичні особи порушували справи з питань дифамації, навіть якщо у них не було жодних пер-

спектив їх виграти, з тим, щоб запобігти критиці своїх дій з боку засобів масової інформації. Відповідачі повинні мати у своєму розпорядженні деякі правові засоби захисту від подібних заходів.

Для кожної судової системи існує свій вид правового захисту, але можливі варіанти включають право порушити справу з питань зловживань цивільним процесом та/або процедурним механізмом вилучення позовів на початковому етапі провадження, окрім випадку, коли позивач може довести ймовірність виграти справу.

3.12. Свобода мирних зібрань та об'єднань.

Стаття 11 Європейської конвенції гарантує свободу зібрань та об'єднання. Згідно з ч. 1 кожен має право на свободу мирних зібрань та на свободу об'єднання з іншими, включаючи право створювати профспілки і вступати до них для захисту своїх інтересів. Частина 2 передбачає, що здійснення цих прав не підлягає жодним обмеженням, за винятком тих, які встановлені законом в інтересах національної або громадської безпеки, для охорони порядку або запобігання злочинам, для охорони здоров'я або моралі чи з метою захисту прав і свобод інших осіб і є необхідними в демократичному суспільстві. Ця стаття не перешкоджає запровадженню законних обмежень на здійснення цих прав особами, які входять до складу збройних сил, поліції або органів державного управління.

Право мирних зібрань гарантується ст. 39 Конституції України:

«Громадяни мають право збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, про проведення яких завчасно сповіщаються органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування. Обмеження щодо реалізації цього права може встановлюватися судом відповідно до закону і лише в інтересах національної безпеки та громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей».

Крім того, Україна взяла на себе зобов'язання виконувати низку міжнародних документів, які стосуються прав людини і містять посилання на право на мирні зібрання — Загальну декларацію прав людини (ст. 20), Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (ст. 21) та Європейську конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод (ст. 11).

До сьогодні Європейська комісія та Європейський суд розглянули декілька справ, в яких йшлося про свободу мирних зібрань за ст. 11. Частково це пояснюється тим, що термін «зібрання», тобто зустріч людей та участь у вираженні поглядів або обміні ідеями та думками, характеризує групу менш формального характеру, ніж та, що передбачається в терміні «об'єднання». Комісія визначила роль мирних зібрань та висловила обґрунтовану думку про те, що існування процедури попереднього одержання дозволу на їх проведення не порушує ст. 11. «Право на свободу мирних зібрань, проголошене у цій статті, є одним із основних прав у демократичному суспільстві та... однією з підвалин такого суспільства... Це право охоплює як приватні зібрання, так і збори у громадських місцях. В останньому випадку існування процедури одержання дозволу на їх проведення, звичайно, не порушує зміст цього права. Подібна процедура відповідає вимогам п. 1 ст. 11, якщо тільки органи влади використовують її для того, щоб мати можливість забезпечити мирний характер зібрань, і, відповідно, така процедура не є втручанням у здійснення цього права» (заява № 8191/78).

Після цього Комісія зазначила, що тимчасова заборона урядом усіх публічних демонстрацій у даному місті не суперечила п. 2 ст. 11, якщо у разі проведення

подібної публічної демонстрації виникала серйозна загроза громадській безпеці та порядку. На підставі подібних фактів Комісія відхилила доводи уряду про те. що запропонована організацією заявника демонстрація була цілком неприйнятною з точки зору ст. 11 через те, що вона могла б викликати протидію із застосуванням сили з боку опонентів і екстремістів. Комісія зауважила з цього приводу що: «Право на свободу мирних зібрань гарантується кожному, хто має намір організувати мирну демонстрацію...; можливість контрдемонстрації із застосуванням сили або можливість долучення до демонстрації екстремістів, які не є членами об'єднання, що виступило організатором, і які мають намір вчинити насильницькі дії, не можуть самі по собі скасувати це право. Навіть якщо існує реальна загроза того, що публічна демонстрація може призвести до заворушень внаслідок подій, які є поза контролем організаторів демонстрації, це не може бути приводом для виключення її зі сфери дії п. 1 ст. 11 Конвенції. Будь-які обмеження, що накладаються на подібні зібрання, повинні відповідати умовам положення п. 2 ст. 11» (заява № 8440/78). Комісія постановила, що уряд діяв у дозволених межах розсуду, коли заборонив всі публічні демонстрації там, де існували серйозні підстави реальної загрози громадській безпеці та порядку. Варто зауважити, що в обох названих вище справах заборона уряду на проведення демонстрацій була нетривалою і обмеженою територіально.

У справі *Платформа «Лікарі за життя» проти Австрії* (1988) Суд розглянув позитивне зобов'язання держави забезпечувати захист групам, які здійснюють своє право на свободу мирних зібрань. У цій справі австрійський уряд дав дозвіл на проведення у визначеному місці демонстрації проти абортів. Після цього організація заявника звернулася з проханням змінити місце проведення демонстрації на інше, менш зручне з погляду забезпечення контролю за натовпом. Уряд погодився на це, але повідомив організаторів демонстрації, що поліція може і не забезпечити належного захисту від виступу контрдемонстрантів, що в дійсності і сталося. Подібні труднощі були і під час проведення другої демонстрації. Організація заявника скаржилася на те, що австрійський уряд порушив ст. 11. тому що не вжив належних заходів для забезпечення безконфліктного проведення демонстрації.

Суд ухвалив рішення про те, що Австрія була зобов'язана забезпечити захист груп, які здійснювали своє право на мирні зібрання: «Демонстрація може зачіпати або ображати людей, які виступають проти висунутих демонстрантами ідей або вимог. Проте учасники повинні мати можливість провести демонстрацію без ризику постраждати від фізичного насильства з боку своїх супротивників. Такі побоювання можуть перешкоджати об'єднанням громадян або іншим групам, що мають спільні ідеї та інтереси, відкрито висловлювати свої думки стосовно найбільш суперечливих питань, які хвилюють суспільство. У демократичному суспільстві право на контрдемонстрацію не може призводити до відмови у здійсненні права на саму демонстрацію. Справжня, ефективна свобода мирних зібрань не може, таким чином, зводитися лише до обов'язку держави не втручатися: цілком негативна концепція не відповідає предмету та меті ст. 11. Стаття 11. як і ст. 8 іноді потребує вживання позитивних заходів навіть у сфері взаємовідносин між окремими особами, якщо в цьому є потреба».

Суд надає державам широкі межі розсуду у цій сфері: «Хоча вживання розумних і відповідних заходів для забезпечення мирного характеру демонстрацій є обов'язком Договірних Сторін, вони не можуть гарантувати це абсолютно, і вон» мають широкі дискреційні повноваження у визначенні необхідних для цього засобів...».

У цьому питанні ст. 11 Конвенції зобов'язує їх вжити заходів, а не досягти результату.

У цій справі Суд дійшов висновку про те, що австрійські органи влади вжили всіх розумних та належних заходів для захисту демонстрантів, тому порушення ст. 11 не було.

Таким чином, Комісія та Суд визнають існування практичних перешкод, пов'язаних із проведенням публічних зібрань, і надають державам певні дискреційні повноваження для подолання цих ускладнень, які можуть реалізуватися або через встановлення режиму дозволу на проведення конкретної демонстрації, або ж через забезпечення поліцейського захисту від демонстрації антагоністичного характеру, або за допомогою інших засобів.

Однак з якими б труднощами не зустрічалася держава при забезпеченні права на свободу мирних зібрань, окрема особа не може бути покарана за участь у такій демонстрації, якщо вона не чинила протиправних дій (Езелєн проти Франції (1991)).

1. Право на створення об'єднання

Комісія та Суд чітко визначили, що об'єднання є більш формально оформленим та організованим, ніж зібрання. У справі *Янг, Джеймс і Вебстер проти Сполученого Королівства* (1979) Комісія зазначила, що: «взаємовідносини між робітниками одного роботодавця не можна вважати об'єднанням за змістом ст. 11, тому що такі відносини між робітником і роботодавцем є виключно контрактними. Далі Комісія роз'яснила, що термін «об'єднання» передбачає «добровільне об'єднання для досягнення спільної мети».

Комісія та Суд використовують у своїй практиці ці два критерії — «добровільний характер» та «спільна мета».

Критерій «добровільний характер» має особливе значення у тих випадках, коли мова йде про «негативний» підхід до прав, визначених у ст. 11. Інакше кажучи, йдеться про право не приєднуватися до об'єднання чи профспілки. Суд розглянув цю проблему в своєму рішенні у справі *Янг, Джеймс і Вебстер* (1981), в якій заявники скаржилися на те, що угода між компанією «Британські залізниці» та деякими профспілками залізничників, яка вимагала обов'язкового членства в одній із цих профспілок для одержання роботи на залізниці (закритий доступ), порушувала положення про свободу об'єднання за ст. 11. Суд погодився з цим, зазначивши, що заявники не повинні були під примусом вступати до профспілки, для того щоб зберегти роботу: «Право створювати профспілки та вступати до них є окремим аспектом свободи об'єднання... Поняття свободи передбачає певну міру свободи вибору при здійсненні цього права».

Це зовсім не означає, що негативний аспект права кожної особи на свободу мирних об'єднань лежить цілком поза межами ст. 11, і що будь-яке примушування особи вступати до тієї чи іншої профспілки є прийнятними з погляду мети нього положення. Тлумачення ст. 11 як такої, що дозволяє будь-який примус до членства у профспілках, суперечить самому змісту свободи, яку вона має гарантувати.

Проте важливо підкреслити, що в неофіційній думці *{obiter dicta)* Суд висловив зауваження про те, що угоди про підприємства, де працюють виключно члени певних профспілок *{closed shop),* не обов'язково автоматично порушують ст. 11. Однак у даному випадку Суд зазначив, що права заявника за ст. 11 були порушені тільки тому, що йшлося про збереження постійної роботи. Суд також визнав погушення ст. 11 у справі *Сігуртур Сігурйонссон* (1993). У цій справі йшлося про те, що водій таксі міг отримати ліцензію лише за умови набуття членства в Асоціації

водіїв автотранспорту. Він зробив це, але через деякий час не поновив своє членство, через що Асоціація позбавила його ліцензії. Через три роки після цього парламент Ісландії ухвалив закон, за яким всі водії таксі обов'язково повинні були бути членами Асоціації. Суд визнав, що встановлення законним шляхом обов'язкового характеру такого членства не відповідало поставленій меті.

Ці дві наведені справи є значним внеском у судову практику за ст. 11 Європейської конвенції. По-перше, вони дали наочний приклад того, як співвідносяться одне з одним положення про свободу об'єднань та право^ створювати профспілку і вступати до неї. Суд розглянув питання про свободу об'єднань, а не профспілок, тому що в цих справах було закладено широкий принцип, можливий для застосування не тільки у зв'язку з профспілками. По-друге, справи продемонстрували ставлення Суду до різних підходів в оцінці діяльності профспілок, шо існують у державах — членах Гади Європи. Ще під час підготовки Європейсько:" конвенції автори з поваги до існуючої тоді в Сполученому Королівстві системі? підприємств, де працювали тільки члени певних профспілок, спеціально відмовилися від включення до тексту положення про «право не приєднуватися до профспілки». Як було зазначено вище, у справі *Янг, Джеймс і Вебстер* Суд не визнав за необхідне розглядати законність такої системи, а обмежився більш вузьким питанням про збереження постійної роботи на підприємствах, де система працевлаштування членів певних профспілок раніше не існувала, але починала запроваджуватися.

Критерій «загальної мети» за ст. 11 є більш складним для розуміння, ніж критерій «добровільного характеру». Комісія не знайшла загальної мети і, таким чином, об'єднання згідно зі змістом ст. 11 у заяві, в якій група ув'язнених заявила про те, що їхнє право на об'єднання порушується, оскільки їх помістили до одиночних камер (заява № 8317/78). Комісія ухвалила, що стаття «не передбачає права ув'язнених створювати компанії або «об'єднуватися» з іншими ув'язненими». Існує також ціла група справ, у яких Комісія та Суд ухвалили рішення про те, шс окрема особа може бути зобов'язана вступити до певної організації, якщо вона не є «об'єднанням» за змістом ст. 11. У справі *Ле Конт, ван Льовен і де Мейєр проти Бельгії* (1981) Комісія, наприклад, встановила, що на заявників-лікарів поширювалася обов'язкова вимога стати членами Бельгійської медичної асоціації, «метою якої було забезпечення дотримання медичної етики, захист честі, свободи дій. лікарської таємниці та гідності її членів». Зрозуміле значення завдань організації, здається, відображає в іншому контексті «загальну мету» — сприяти інтересам членів організації. Проте Комісія і Суд погодилися з тим, що ця організація не є «об'єднанням» за змістом ст. 11, тому що вона виконує функції, передбачені публічним правом, наприклад, здійснює контроль за професійною діяльністю своїх членів. Така ж невизначеність існувала і в інших справах, коли Комісія підтримала принцип обов'язкового членства в організаціях, серед яких, наприклад, були організація студентів університетів (заява № 6094/73) і спілка хірургів-ветеринарів (заява № 8734/79). Варто зазначити у цьому контексті, що у справах, пов'язаних із профспілками, Комісія і Суд спиралися на «загальну мету» — захищати економічні і соціальні інтереси членів профспілок.

2.права профспілок

Комісія і Суд прийняли буквальне тлумачення положення ст. 11 про захист права створювати профспілки і вступати до них. Судова практика показує, шо вимоги статті задовольняються, якщо існує можливість створювати профспілки та визнається членство в цих профспілках. До сьогодні ні Комісія, ні Суд не брали до уваги аргументи стосовно *результативності* захисту конкретною

профспілкою інтересів її членів. Суд ухвалив, що ст. 11 не вимагає від держави гарантій певного рівня або типу відносин із профспілками, держава сама має обирати спосіб спілкування з цими об'єднаннями. У справі *Національної спілки бельгійської поліції* (1975) профспілка-заявник скаржилася на те, що бельгійський уряд консультувався з кількома великими профспілками службовців, виключивши з процесу консультацій бельгійську профспілку поліції, що було порушенням ст. 11. Суд постановив, що право брати участь у консультаціях не є обов'язковим для ефективного здійснення права профспілки. Суд також ухвалив, що ст. 11 захищає право профспілки висловлювати якимось чином свою думку під час колективних переговорів, але не гарантує права на укладення колективного договору (справа Шведської профспілки машиністів локомотивів (1976)). І, нарешті, Суд навіть ухвалив, що ст. 11 не захищає право на страйк, тим самим дозволяє державі обирати інші шляхи, за допомогою яких можна було б забезпечити право профспілки на захист професійних інтересів своїх членів. У справі *Шмідт і Далстрьом проти Швеції* (1976) Суд відзначив, що: «Конвенція гарантує профспілкам свободу захищати професійні інтереси членів профспілки через профспілкові акції, ведення та розгортання яких Договірні Сторони мають дозволити та зробити можливими».

Проте п. 1 ст. 11 залишає за кожною державою право на вільний вибір засобів для досягнення цієї мети. Надання права на страйк є, безумовно, одним з найбільш важливих засобів, але існують також і інші. Це право, яке не визначається чітко у ст. 11, може бути таким чином врегульоване в національному законодавстві, що його здійснення зазнає обмежень.

Подібно до ситуації з іншими статтями Конвенції, держава не повинна втручатись у здійснення прав, які гарантуються ст. 11. Комісія уточнила принцип невтручання у контексті дій держави стосовно профспілок. У заяві № 10550/83 заявник скаржився на те, що виключення з профспілки порушило його права за ст. 11. Не знайшовши порушення, Комісія дала роз'яснення, що завданням ст. 11 є захист приватної діяльності від втручання держави: «Право створювати профспілки та вступати до них є окремим аспектом свободи об'єднань, призначенням якого є передусім захист від дій держави. Держава не повинна втручатись у процес створення профспілки та вступу до неї... Питання, яке постало у даній справі, стосується того, якою мірою це положення зобов'язує державу захищати - іпена профспілки від заходів, що їх профспілка вживає проти свого члена.

Право створювати профспілки включає, зокрема, право профспілок розробляти власні правила, управляти своєю діяльністю та засновувати федерації профспілок і приєднуватися до них... Відповідні рішення профспілки з цих питань не можуть піддаватись обмеженню чи контролю з боку держави...

Подібні рішення, відповідно, повинні розглядатись як приватна діяльність, за яку загалом держава не може нести відповідальність згідно з Конвенцією...

Захист, що гарантується цим положенням, спрямований передусім на захист від втручання з боку держави».

Комісія, проте, зауважила, що за певних обставин може виникнути необхідність втручання держави у справи профспілок з метою захисту особи: «Від будь-яких зловживань у зв'язку з домінуючим становищем профспілок... Такі зловживання можуть мати місце, наприклад, у випадку, коли виключення або вигнання із членів профспілки були зроблені з порушенням правил спілки, або коли такі правила є нераціональними чи довільними, або коли виключення або вигнання призводить до серйозних наслідків, наприклад, до втрати роботи внаслідок існування системи працевлаштування членів певних профспілок *{closed shop)*».

На відміну від інших статей Конвенції, Комісія і Суд констатували «втручання» за п. 1 ст. 11, зокрема в тому, що стосується профспілкових прав. Тому вони нечасто зверталися і до обмежувальних положень п. 2. Суд висловив свою позицію у справах Національної спілки бельгійської поліції (1975) і Шведської профспілки машиністів локомотивів (1976). В обох випадках Комісія ухвалила рішення про те. що нав'язування заходів з боку держави, які можуть обмежити права профспілок під час переговорів з роботодавцями і тим самим зробити менш привабливим членство у профспілках, може в окремих випадках становити порушення ст. 11. Проте Суд не захотів заходити занадто далеко, зазначивши, що зменшення ефективності членства у профспілках було обумовлене «загальною політикою з боку держави щодо обмеження кількості організацій, з якими мають укладатися колективні договори. Така політика сама по собі не є несумісною зі свободою профспілок (згідно зіст. 11)».

3. Особливі аспекти обмежувальних положень ст. 11

На відміну від інших статей Конвенції, що мають аналогічну структуру, ст. 11 містить у п. 2 положення, яке дає Високим Договірним Сторонам Конвенції повноваження обмежувати здійснення службовцями збройних сил, поліції та системи державного управління прав, що гарантуються в п. 1.

Комісія дала роз'яснення з цього приводу у заяві № 11603/85. У цій справі йшлося про те, що заявники протестували проти невизнання державою за окремими державними службовцями, які працювали в Штабі урядового зв'язку Сполученого Королівства (GCHQ), який відповідав за організацію військового та офіційного зв'язку уряду, права організувати профспілку і вступати до неї, хоча подібна профспілка на той час уже функціонувала майже сорок років. Усі сторони погодилися, що заборона профспілки була втручанням у здійснення прав, які гарантуються у ст. 11.

Подальший розгляд Комісією аргументів держави щодо п. 2 показує суттєву різницю між обмежувальними положеннями ст. 11 і паралельними положеннями інших статей Європейської конвенції, що мають аналогічну структуру. Оскільки заявники з GCHQ у зазначеній вище справі, без сумніву, були «представникам?: державної адміністрації», то Комісія обмежилася розглядом «законності» дій держави, які були спрямовані на заборону профспілкових об'єднань. Комісія визнала, що положення законодавства, які застосувала держава, базувалися на національному законодавстві і підлягали судовому контролю з боку національних судових органів.

Комісія залишила відкритим питання про те, чи містив у собі термін «законний» також принцип пропорційності, і зауважила, що:

Навіть якщо термін «законний» і потребує чогось більшого, ніж обґрунтування в національному законодавстві, наприклад, заборони довільних рішень, немає підстав вважати, що у даній справі ця вимога не була дотримана.

Комісія не вважала за доцільне розглядати справу у світлі критерію «необхідності в демократичному суспільстві», оскільки вважала, що у цій справі могло застосовуватися тільки друге речення п. 2 ст. 11.

3.13. Право на ефективний засіб захисту прав та свобод, гарантованих Конвенцією.

Кожна людина має право на ефективний захист з боку державних органів. Призначення права на захист гарантується забезпеченням особистої безпеки, гідності та честі громадянина. Його здійснення спрямоване на скасування непра-

вомірних обмежень особистої свободи. Право на захист поширюється на осіб, яким пред'явлено обвинувачення у вчиненні кримінального злочину, і виступає гарантією від незаконного та необгрунтованого звинувачення та засудження. Крім того, це право зобов'язує органи попереднього слідства та правосуддя з'ясувати і виявити всю систему пом'якшуючих та обтяжуючих обставин та винести справедливе покарання.

Одним із найважливіших прав людини є презумпція невинуватості. Це право забезпечує їй можливість вважатися невинуватою у вчиненні злочину і не бути підданою кримінальному покаранню доти, доки її вина не буде доведена в законному порядку і закріплена обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили. Воно забезпечується такими гарантіями:

—неможливістю бути притягненим двічі до юридичної відповідальності за одне й те саме правопорушення (ст. 61 Конституції України);

—доказуванням вини державними органами (судом) (п. 2 ст. 62 Конституції України);

—тлумаченням усіх сумнівів щодо доведеності вини особи на її користь (п. 3 ст. 62 Конституції України);

— відшкодуванням матеріальної та моральної шкоди (ст. 56 Конституції України) та ін.

Право на ефективний засіб правового захисту закріплено у ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, згідно з якою кожен, чиї права і свободи, викладені в цій Конвенції, порушуються, має право на ефективний засіб правового захисту у відповідному національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які діяли як офіційні особи.

Зміст поняття «ефективний засіб правового захисту»

Стаття 13 Конвенції гарантує «ефективний засіб правового захисту у відповідному національному органі» кожному, чиї права і свободи, що викладені в Конвенції, було порушено. Хоча це формулювання є цілком зрозумілим правовим поняттям, при тлумаченні ст. 13 Комісія і Суд зіткнулися з більшою кількістю проблем порівняно з тлумаченням інших статей Конвенції. Суд дійшов висновку, що захист, який пропонується в ст. 13, має поширюватися на всі випадки обґрунтованих заяв про порушення прав і свобод, які гарантуються Конвенцією *(Класе та інші проти Федеративної Республіки Німеччини* (1978)). У справі *Сільвер та інші проти Сполученого Королівства* (1983) Суд навів таке роз'яснення: «Коли особа, наводячи аргументи, звертається із заявою про порушення гарантованих Конвенцією прав і свобод, вона повинна мати засоби правового захисту у відповідному національному органі як для того, щоб її питання було вирішене, так і з метою одержання, у разі необхідності, компенсації».

У справі *Платформа «Лікарі за життя»* (1988) група противників абортів скаржилася на те, що рівень захисту з боку поліції під час проведення двох публічних демонстрацій був недостатнім, і, тим самим, австрійський уряд порушив право на мирні збори згідно зі ст. 11. Ця група також скаржилася на те, що австрійська правова система не передбачає засобів захисту для забезпечення здійснення цього права, що, відповідно, порушує право на ефективний захист згідно зі ст. 13. Суд ухвалив рішення про те, що австрійські органи влади вжили відповідних і виправданих заходів з метою захисту демонстрантів, і тому ця група не мала «обґрунтованої скарги» щодо порушення ст. 11, а без такої обґрунтованої скарги справа не могла бути розглянутою з посиланням на порушення ст. 13.

У справах *Класса* та *Сільвера* йшлося про порушення прав, які захищаються ст. 8 Конвенції. Через декілька років Суд розглянув подібні справи. У справах

Калоджеро Діана проти Італії (1996) та *Доменікіні проти Італії* (1996) особи, які перебували у в'язниці, скаржилися на те, що тюремна адміністрація переглядала їхнє листування з адвокатами. Визнавши порушення ст. 13, Суд відзначив, що з цього питання не тільки не було ухвалено жодного рішення адміністративних органів, але навіть касаційним судом було визнано, що італійське законодавство не надавало жодної можливості оскаржити рішення щодо перегляду листування позбавлених волі осіб. У справі *Галфорд проти Сполученого Королівства* (1997) Суд також визнав порушення статей 8 і 13, тому що телефон заявника на його робочому місці (в поліцейській дільниці) прослуховувався.

У справах *Вальсаміс проти Греції* (1996) та *Ефрастратіу проти Греції* (1996) заявники, які належали до секти свідків Єгови, скаржилися на те, що їхніх дітей було виключено зі школи за відмову через релігійні переконання взяти участь у шкільному параді з нагоди закінчення війни. Хоча Суд не знайшов порушення ст. 9 та ст. 2 Протоколу № 2 до Конвенції, він встановив, що скарги про порушення цих двох статей містили достатню аргументацію про порушення ст. 13, і в результаті Суд визнав порушення цієї статті. У схожій ситуації в справі *Каменцінд проти Швейцарії* (1997) Суд ухвалив рішення про те, що здійснення обшуку в помешканні заявника не становило порушення ст. 8, але разом з тим визнав факт відсутності у заявника ефективних засобів для оскарження на національному рівні питання про здійснення обшуку.

Стаття 13 містить вимогу про те, що засіб правового захисту має бути ефективним з тим, щоб задовольняти вимоги цієї статті. Коли особа скаржиться на те, що доступні засоби правового захисту були неефективними, Суд ухвалює рішення, згідно з яким уряд-відповідач повинен довести існування таких ефективних правових засобів на прикладі аналогічної справи *(Ферайнігунг Демократішер Зольдатен Остеррайхс* та *Губі проти Австрії* (1994), *Вальсаміс проти Греції* (1996) та *Ефрастратіу проти Греції* (1996)). У справі *Леандер проти Швеції* (1987) Суд ухвалив рішення про те, що термін «засіб» може фактично включати «сукупність заходів». Далі він пояснив, що право на ефективний засіб може бути «обмежене відповідно до ситуації», зокрема, у цій справі — міркуванням національної безпеки. Однак Суд визнав порушення ст. 13 у випадку, коли мова йшла про службу національної безпеки у справі *Шагал проти Сполученого Королівства* (1996). У цій справі йшлося про те, що жодний незалежний орган влади не міг переглянути рішення міністра, згідно з яким заявника мали вислати з країни з мотивів національної безпеки, тоді як стосовно заявника могла бути порушена ст. 3 в разі його вислання. Суд за таких обставин ухвалив рішення, згідно з яким ефективний засіб правового захисту вимагав, щоб ризик піддання жорстокому поводженню в країні, куди мали депортувати заявника, розглядався незалежно від ризику, який становив подальше перебування цієї особи в країні, що прийняла рішення про його депортацію.

Протягом останніх років Суд встановив досить жорсткі критерії для визначення ефективності засобів правового захисту згідно зі ст. 13 у випадках, коли йшлося про обґрунтовані скарги на порушення ст. 3 тюремною адміністрацією. У справі *Аксой проти Туреччини* (1996) Суд визнав порушення ст. 13 саме в цьому контексті, зазначивши таке: «Поняття ефективний засіб правового захисту включає в себе, окрім виплати компенсації у тих випадках, коли це є необхідним, також детальне й ефективне розслідування, яке повинне відтворити справжній стан речей, а також покарати осіб, які понесуть за це відповідальність; засіб включає в себе також ефективну можливість оскарження процедури провадження розслідування».

Далі Суд відзначив, що непроведения розслідування державним агентом, який був уповноважений розслідувати справи, коли виникала підозра про жорстоке поводження, звела нанівець ефективність усіх інших правових засобів, які могли існувати. Відсутність детального і незалежного розслідування у відповідь на скарги, згідно з якими сили щодо підтримання порядку зруйнували кілька будинків, що порушило ст. 8, також спонукало Суд констатувати порушення ст. 13 у справі *Ментес та інші проти Туреччини* (1997).

У справі *Абдулазіз, Кабалес і Балкандалі проти Сполученого Королівства* (1985) Суд визнав, що оскільки британські суди могли лише перевірити правильність застосування національного законодавства та підзаконних актів, до яких Європейська конвенція з прав людини не належить, і тому, що відповідні підзаконні акти були справді застосовані владою правильно, заявники не мали «ефективного засобу» за британським законодавством для оскарження порушення своїх прав, які викладені у ст. 8 (сімейне життя) та ст. 14 (заборона дискримінації).

Зв'язок між ст. 13 та іншими статтями Конвенції

На додаток до ст. 13, два інші положення Конвенції також вимагають від держав запровадити засоби правового захисту для запобігання порушенню прав, які захищає Конвенція: п. 4 ст. 5 *{habeas corpus)* і п. 1 ст. 6 (справедливий судовий розгляд). Оскільки в цих двох положеннях йдеться саме про судовий захист прав, Суд, як правило, визнає такий рівень захисту більш надійним, ніж той, який пропонується у ст. 13. У результаті Суд концентрує свою увагу на розгляді ст. 5 або ст. 6, на які робиться посилання, і потім часто визнає, що немає необхідності розглядати також питання про ефективні засоби правового захисту *(Де Вільде, Оомс та Версип проти Бельгії* (1971) (ст. 13 перекривалась п. 4 ст. 5) та *Ейрі проти Ірландії* (1979) (ст. 13 перекривалась п. 1 ст. 6)). Однак слід відзначити, що ст. 13 може бути єдиним прийнятним положенням у справах, у яких йдеться про брак ефективних засобів захисту при порушенні прав, які.за Конвенцією не визначаються ні як кримінальні, ні як цивільні.

3.14. Заборона дискримінації.

Принципи недискримінації є одним із основоположних у міжнародному праві прав людини. Так, одним із основних принципів Загальної декларації прав людини, прийнятої 10 грудня 1948 р., є принцип рівноправ'я. Згідно зі ст. 2 цього міжнародного акта кожна людина повинна мати всі права та свободи, проголошені Загальною декларацією, незважаючи на расову приналежність, колір шкіри, стать, мову, релігію, політичні або інші переконання, національне або соціальне походження, майнове, станове або інше становище. Згідно зі ст. 7 Декларації всі

' *Великий* тлумачний словник сучасної української мови/ Уклад, і голов, ред. В. Т. Бусел. — К.; Ірпінь: Перун, 2003. — 1426 с. Під час написання коментаря автори також користувалися іншими словниками (Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К.: Укр. енцикл., 1998; *Философский* энциклопедический словарь. — М.: ИНФРА-М, 1998; *Современная* западная социология: Словарь. — М.: Политиздат, 1990; *Словник* соціологічних і політологічних термінів: Довідк. вид. / Уклад.: В. І. Астахова, В. І. Даниленко, М. І. Панов та ін. — К.: Вища шк., 1993; *Юридичний* словник-довідник: За ред. Ю. С. Шемшученка / Худож. оформ. В. М. Штогрина. — К.: Феміна, 1996; *Англо-русский* полный юридический словарь. — М.: Советникъ, 1993), проте вони не подають визначень необхідних термінів.

: *Великий* тлумачний словник сучасної української мови/ Уклад, і голов, ред. В. Т. Бусел. — К; Ірпінь: Перун, 2003. - С. 223.

люди рівні перед законом і мають право, незважаючи ні на що, на рівний захист закону. Усі люди мають право на рівний захист від будь-якої дискримінації та підбурювання до такої дискримінації.

Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (набрав чинності, у тому числі для України, 23 березня 1976 р.) у ст. 2 закріплює обов'язок кожної держави-учасниці поважати й забезпечувати визнані у Пакті права всіх людей, які перебувають під її юрисдикцією, незважаючи на расові ознаки, колір шкіри, стать, мову, релігію, політичні й інші погляди, національне або соціальне походження, майнове становище, народження або за будь-якою іншою ознакою. Стаття 3 Пакту передбачає обов'язок держав забезпечити рівне для чоловіків і жінок право користування всіма громадянськими та політичними правами, закріпленими в Пакті. Окрема стаття Пакту (ст. 24) присвячена принципу недискримінації дітей. Стаття 26 Пакту повторює положення, закріплене ст. 2 Загальної декларації прав людини. Аналогічне положення містить Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права. Спеціальна стаття названого вище Пакту (ст. 3) закріплює принцип рівноправності чоловіків і жінок, відповідно до якого держави-учасниці зобов'язуються забезпечити рівне для чоловіків і жінок право користування всіма економічними, соціальними й культурними правами, передбаченими Пактом.

Великий тлумачний словник сучасної української мови визначає дискримінацію як обмеження або позбавлення прав певних категорій громадян за расовою або національною належністю, політичними і релігійними переконаннями таін.[1].

Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації (дата підписання — 7 березня 1966 р.) розкриває поняття расової дискримінації. Расова дискримінація — це будь-яка відмінність, виключення, обмеження або перевага, які ґрунтуються на ознаках раси, кольору шкіри, родового, національного або етнічного походження, метою або наслідком яких є ліквідація або зменшення визнання, використання або здійснення на засадах рівності прав та основних свобод людини у політичній, економічній, соціальній, культурній або будь-якій іншій сфері суспільного життя.

Стаття 1 Конвенції про боротьбу з дискримінацією в галузі освіти (прийнята 14 грудня 1960 р.) передбачає, що дискримінація охоплює будь-яку відмінність, виключення, обмеження або перевагу за ознакою раси, кольору шкіри, статі, мови. релігії, політичних або інших переконань, національного або соціального походження, економічного становища або народження, яке має на меті або наслідком знищення або порушення рівності відносин у галузі освіти.

Відповідно до Конвенції № 111 про дискримінацію в галузі праці та занять (прийнята 4 червня 1958 р.), дискримінація — це:

а) будь-яка відмінність, недопущення або перевага, що проводиться за ознакою раси, кольору шкіри, статі, релігії, політичних переконань, іноземного або соціального походження, що призводить до знищення або порушення рівності можливостей або ставлення в галузі праці і занять;

b) будь-яка інша відмінність, недопущення або перевага, що призводить до знищення або порушення рівності можливостей або ставлення у галузі праці і занять, визначуване відповідним Членом по консультації з представницькими організаціями підприємців і трудящих, де такі існують, та з іншими відповідними органами.

[1] *Європейська* конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування український контекст / За ред. О. Л. Жуковської. — К.: ЗАТ «ВІПОЛ», 2004. — С 632.

Аналіз наведених визначень дає змогу зробити висновок, що дискримінація, зокрема дискримінація щодо жінок, є комплексним поняттям, характеристика якого містить такі елементи: *зміст дискримінації* — будь-яка відмінність, виключення, обмеження або перевага; *спрямованість дискримінації* — ослаблення (ліквідація, знищення, зменшення) правового або фактичного становища певної соціальної групи; *результат дискримінації* — порушення рівності *de jure* або *de facto*, а також створення загрози такого порушення.

Окремо слід звернути увагу на *підставу дискримінації*, якою є визначена, невіддільна від особи ознака біологічного або соціального характеру, незалежна від його волі та свідомості. Саме цим дискримінація відрізняється від інших форм обмеження права.

Європейська конвенція з прав людини не дає визначення поняття «дискримінація». Стаття 14 Конвенції, як уже наголошувалося, закріплює норму, згідно з якою реалізація прав і свобод, викладених у Конвенції, гарантується без якої-небудь дискримінації за ознакою статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних та інших поглядів, національного або соціального походження, приналежності до національних меншин, майнового становища, народження або інших ознак. Протокол № 7 до Конвенції, прийнятий 22 листопада 1984 р. у ст. 5, проголошує: кожен із подружжя має рівні цивільні права та обов'язки у відносинах між собою і зі своїми дітьми, а також щодо одруження, перебування в шлюбі та щодо його розірвання. Ця стаття не перешкоджає державам вживати таких заходів, що є необхідними в інтересах дітей.

Бруно Недєлєк, суддя Верховного Суду Князівства Монако, коментуючи ст. 14 Європейської конвенції, підкреслює, що ця норма, передусім, закріплює принцип рівності і, на відміну від решти статей Конвенції, що стосуються «прав і свобод», не проголошує прав як таких. На його думку, ця стаття швидше встановлює правило реалізації (здійснення) прав, закріплених у статтях 2-13 Конвенції, яке полягає в принципі недискримінації. Він дійшов висновку, що правило, закріплене у ст. 14, не створює нових прав, а доповнює вже гарантовані права. Додержуючись зазначеного підходу, говорити про право не піддаватися дискримінації некоректно. Це лише умова для реалізації прав і свобод, а її недотримання є однією з форм правопорушення.

Необхідно підкреслити, що ст. 14 Європейської конвенції має чітко визначену сферу дії, оскільки забороняє дискримінацію виключно щодо прав, закріплених у Конвенції, а не дискримінацію як таку. Автори коментаря до Європейської конвенції з прав людини вказують на допоміжний характер статті про недискримінацію. Вони стверджують, що «на ст. 14 не можна посилатися як на узяту окремо, незалежно від інших нормативних положень Конвенції. Посилання на неї завжди має супроводжуватися посиланням на те або інше право, закріплене Конвенцією».

Незважаючи на те, що в основу двох механізмів захисту прав людини (механізму ООН і європейського механізму) покладено різні підходи до розуміння дискримінації, ряд загальних положень, вироблених практикою Європейського суду з прав людини, може сприяти розвиткові концепції недискримінації, що склалася в рамках ООН. Узагальнений аналіз правових позицій Європейського суду дає змогу зробити такі висновки:

1) принцип недискримінації не передбачає заборони різного ставлення при здійсненні прав і свобод, проте таке різне ставлення має спрямовуватися виключно на коригування фактичної нерівності;

2) дискримінація полягає в застосуванні без об'єктивних і розумних підстав різного ставлення до осіб, які перебувають в однаковій ситуації; Європейський суд зазначав, що «підставою або мотивом дискримінаційного ставлення є особисті ознаки (ситуації), якими особи або групи осіб відрізняються одна від одної», їх перелік закріплений ст. 14 Євроконвенції;

3) одним з останніх рішень Європейський суд суттєво доповнив перелік своїх правових позицій, одностайно визнавши, що класичне поняття дискримінації «не вичерпує змісту заборони будь-якої дискримінації. Право на здійснення прав, гарантованих Конвенцією, на недискримінаційній основі також порушується, якщо держави не застосовують без об'єктивного та обґрунтованого пояснення різного ставлення до осіб, які перебувають в істотно різному становищі». У цьому випадку дискримінація полягає в однаковому ставленні до людей, які перебувають у різному становищі, при здійсненні одного і того ж права, визнаного Конвенцією. Наприклад, установлення обідньої перерви однакової тривалості для всіх працівників, у т. ч. для матерів, які годують.

У законодавстві України широко використовується термін «дискримінація» і похідні від нього, що свідчить про визнання його юридичним терміном. Ці терміни зустрічаються в 436 нормативно-правових актах України. Аналіз нормативно-правових актів України, тексти яких містять термін «дискримінація» і похідні від нього терміни, дає змогу зробити висновок, що підставою дискримінації можуть бути: 1) стать; 2) релігійні погляди; 3) расова належність; колір шкіри; 4) етнічне походження; 5) мова; 6) сімейний стан; 7) політичні та інші погляди; 8) економічне та інше становище; 9) місце народження; 10) вік; 11) стан здоров'я; 12) народження дитини; 13) статус; 14) наявність власності (див. «Основні положення про роль адвокатів» Положення від 1 серпня 1990 р.): 15) будь-яка форма соціальної сегрегації (див. Постанову Верховної Ради «Пре створення телерадіоорганізації Суспільного мовлення України» вії 21 листопада 1997 р. № 667/97-ВР); генетична спадковість (див. Конвенцію про захист прав та гідності людини у зв'язку з використанням досягнень біології та медицини від 4 квітня 1997 р. № ETS-164) та ін.

У нормативно-правових актах України виділяють такі види дискримінації: бюджетна (щодо окремих бюджетів місцевого самоврядування, їх окремих функцій тощо); тендерна; податкова; соціальна.

Законодавець також оперує такими похідними термінами: «дискримінаційні норми», «дискримінаційні прояви», «жертва дискримінації», «дискримінаційний характер», «дискримінація між державами».

До поняття дискримінації у своїй практиці звертається Конституційний Сул України. Аналіз Рішення Конституційного Суду України від 7 квітня 2004 р. № 14-рп/2004 у справі за конституційним поданням 56 народних депутатів України про відповідність Конституції України (конституційності) положення абзацу 2 ч. 1 ст. 39 Закону України «Про вищу освіту» (справа про граничний вік кандидата на пост керівника вищого навчального закладу) дає змогу зробити висновок, що під дискримінацією єдиний орган конституційної юрисдикції України розуміє встановлення певних об'єктивно невиправданих, необґрунтованих і несправедливих відмінностей (вимог) у правовому статусі, які не відповідають конституційним положенням. Термін «дискримінація» також використовується Конституційним Судом України при прийнятті рішень у справі про право на пільги (від 6 липня 1999 р. № 8-рп/99), у справі про віковий ценз (від 18 квітня 2000 р. № 5-рп/2000), у справі про заощадження громадян (від 10 жовтня 2001 р. № 13-рп/2001), у справі про стаж наукової роботи (від 19 липня 2001 р.

№ 9-рп/2001), у справі про відшкодування моральної шкоди Фондом соціального страхування (від 27 січня 2004 № 1-рп/2004).

Верховний Суд України у своїй практиці також використовує термін «дискримінація». На думку суду, дискримінаційним ставленням до неповнолітніх є те, що за один і той же вид злочину для повнолітніх передбачено два види покарання — обмеження або позбавлення волі, а для неповнолітніх — тільки позбавлення волі. Оскільки обмеження свободи є м'якшим покаранням, ніж позбавлення волі, такий підхід призводить до того, що до неповнолітніх повинна застосовуватися жорсткіша санкція. На жаль, загального визначення дискримінації Верховний Суд України не дав.

До зазначеного терміна у своїй практиці доводилося звертатися і Вищому господарському суду України, який під дискримінацією розуміє порушення однакового підходу до суб'єктів господарювання, їх диференціацію за певною ознакою (наприклад, за ознакою наявності або відсутності договірних відносин з нерезидентом).

Висновок про те, як розуміє термін «дискримінація» законодавчий орган держави, ми можемо зробити, звернувшись до Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» від 15 вересня 1999 р. № 1045-Х1Y, ст. 5 якого називається «Заборона дискримінації за ознаками належності до профспілок». її аналіз свідчить, що законодавець розуміє дискримінацію як обмеження трудових, соціально-економічних, політичних, особистих прав і свобод громадян, гарантованих законодавством, на підставі певної ознаки (зокрема, належності або неналежності до профспілок).

Найбільш поширеними критеріями для виділення різних видів дискримінації виступають *суб'єкти,* які є її жертвами (дискримінація жінок, інвалідів, літніх людей, представників національних меншин, інших), і певні *ознаки, що покладені в основу дискримінації* (дискримінація за ознакою статі, раси, кольору шкіри, соціального становища тощо). Крім того, слід враховувати можливість дискримінації за кількома ознаками. Так, наприклад, Комітет ООН проти расової дискримінації в Загальних рекомендаціях звернув увагу на «гендерно обумовлені підстави расової дискримінації». Йдеться про те, що, наприклад, жінка-представник певної національної меншини може бути жертвою дискримінації і за ознакою статі, і за ознакою національності одночасно, що ставить її в ще більш невигідне соціальне становище.

3.15. Право власності в Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Статтею 1 Протоколу до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, прийнятого у Парижі 20 березня 1952 р., було гарантовано захист права власності. Згідно з нею кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений свого майна інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права. Проте попередні положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які, на її думку, є необхідними для здійснення контролю за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів.

Стаття 1 Першого протоколу до Європейської конвенції гарантує право на вільне володіння своїм майном, яке звичайно називається правом на власність. Так само, як це передбачено відповідно до більшості інших гарантованих

Конвенцією основних прав, держава може обмежити здійснення права на влай ність. Вона може позбавити особу її майна «в інтересах суспільства і на умовазц передбачених законом». Вона може також «вводити в дію такі закони, які, на її думку, необхідні для здійснення контролю за користуванням майном відповідно до загальних інтересів» або для забезпечення сплати різних штрафів, податків та ін. Таким чином, згідно з цією статтею держава має широкі межі розсуду. Сліж відзначити, що Суд досить широко тлумачить поняття «юридична особа».

Як свідчить аналіз практики Європейського суду, у контексті Європейської конвенції до майна належать, крім рухомих і нерухомих речей, також:

— акції компаній *(пояснення Європейського суду у скаргах* № 8588/79 т № 8589/79 *Бреймлід і Мальстром проти Швеції);*

—позови про відшкодування збитків за внутрішнім законодавством;

—рішення арбітражного органу в зв'язку зі спором (Справа *Грецькі нафт реробні заводи «Стерн» проти Греції);*

—законні розрахунки на те, що існує певне становище (Справа *Компанії «Иайн Веллі девелопментс Лтд» проти Ірландії);*

—господарські інтереси, пов'язані з управлінням бізнесом, а також управління клієнтурою (ділова репутація, нематеріальні активи тощо) (Справа *Іатрідк проти Греції, Справа Ван Марле та інші проти Нідерландів);*

—право на пенсію (якщо протягом якогось періоду робилися внески) (Справа *Мюллер проти Австрії).*

У *справі Меллахер та інші проти Австрії* (1989) заявник стверджував, що право одержувати орендну плату за угодою про оренду є правом на власність, яке відрізняється від права на використання власності. Суд не погодився з цим, звернувши увагу на те, що право укладати угоди на оренду є складовою частиною права використання нерухомого майна і, таким чином, є аспектом права на володіння цією власністю. Далі Суд визнав, що введення Австрією контролю за орендною платою належало до меж її розсуду, і, таким чином, порушення права на власність не було.

У кількох заявах йшлося про те, що різного типу дозволи з погляду осіб, яким було надано такі дозволи, розцінювалися як власність згідно зі ст. 1 Протоколу № 1. Комісія та Суд погодилися з тим, що дозволи є власністю за змістом ст. 1 Протоколу № 1, але разом з тим зазначили, що держава надає дозвіл на певниж умовах, і якщо власник порушує ці умови, то держава може не надати новий або анулювати вже виданий дозвіл. У справі Тре Тракторер Актієболаг проти Швеи (1989) Суд погодився з тим, що позбавлення ліцензії на продаж алкогольних напоїв справді було порушенням ст. 1 Протоколу № 1, тому що така ліцензія була важливим елементом організації роботи ресторану, при цьому Суд ухвалив, шо умови позбавлення ліцензії належали до дискреційних повноважень уповноважених органів Швеції.

У справі Ван Марле та інші проти Нідерландів (1986) Суд ухвалив рішення про те, що добре ім'я *(good will)* за певних обставин теж може розглядатися як «власність» за змістом ст. 1 Протоколу № 1:

Завдяки власній праці заявники створили свою клієнтуру; це в багатьох відношеннях мало характеристики приватного права, становило певну цінність *і* отже, було власністю за змістом ст. 1.

Комісія і Суд чітко зазначили, що не існує ніякого володіння власністю до тих пір, доки особа не може заявити про своє право власності. Іншими словами право власності не містить у собі права на набуття власності. Так, у справі *Макс проти Бельгії* (1979), про яку згадувалося вище у зв'язку зі статтями 8 і 14, Суд

визнав, що права матері, якій було відмовлено у праві заповісти спадок своїй дочці, були порушені згідно зі ст. 1 Протоколу № 1, але при цьому права дочки не були порушені, тому що наміри стосовно набуття власності не захищаються цією статтею. У справі Ван дер Мюссель проти Бельгії (1983), про яку згадувалося вище у зв'язку зі ст. 4 і про яку йтиметься нижче у зв'язку зі ст. 14, Суд ухвалив рішення про те, що вимога до адвоката надавати певні послуги безоплатно не позбавляла його існуючої власності і не порушувала ст. 1 Протоколу № 1.

Термін «власність» поширюється на всі «безумовні права», які може довести особа, включаючи, зокрема, активи, що пов'язані з приватним правом (такі як пайові внески чи фінансові претензії, в основі яких лежить контракт або делікт), а також окремі економічні і соціальні виплати, пов'язані з публічним правом.

Як бачимо, поняття власності і майна у значенні ст. 1 Першого протоколу досить широке. Це цілий спектр економічних інтересів, які потрапляють у сферу дії права власності, включаючи рухоме й нерухоме майно, майнові та немайнові інтереси. І на практиці поняття власності отримало доволі широке тлумачення та застосування. При розгляді справ *Хендісайд та Маркс* Суд пояснив, що різноманітні терміни належать до концепції власності у звичайному розумінні цього слова. Але в справі Маркс Суд висловив думку про те, що ст. 1 Першого протоколу застосовується лише до існуючої власності тієї чи іншої особи, а не до права набувати власність. Право наслідувати власність не є майновим правом до того часу, поки воно не оскаржується. А отже, гарантії ст. 1 Першого протоколу не приводяться в дію до того часу, поки немає можливості заявити право домагання на власність, що є предметом спору. Правом оберігається лише реально існуюча власність, а не право набувати власність у майбутньому.

Потрібно зазначити, що Європейський суд самостійно оцінює визначення терміна «майно», при цьому воно може відрізнятися від того, яке зазвичай застосовується у внутрішньому (національному) праві. Цей метод «автономного» тлумачення широко застосовується Європейським судом. Так, у справі *Беєлер проти Італії* (2000) Суд зазначив, що поняття «майно» у ст. 1 Першого протоколу має автономне значення, яке не обмежується власністю на фізичні речі. Воно є незалежним від формальної класифікації в національному праві: деякі інші права та інтереси, що складають активи, можуть розглядатися, як право власності й, таким чином, як «майно» в цілях даного положення.

Визначальними критеріями для оцінки майна є його економічна цінність, тобто грошова оцінка на підставі об'єктивних чинників, а також ознака реальності майна — майно має бути наявним, оскільки Європейська конвенція не захищає майбутні права.

Слід також зазначити, що Європейська конвенція однаково захищає право власності як фізичних, так і юридичних осіб, що часто не відбувається в українському законодавстві. Більше того, фактично створена конкуренція цих норм при застосуванні Цивільного кодексу (права власності фізичних осіб) та Господарського кодексу (права власності переважно юридичних осіб). Різні норми матеріального права знаходять подальші відмінності й у процесуальних гарантіях судового захисту права власності, що є відмінними в господарських судах і судах загальної юрисдикції.

Другим важливим аспектом застосування законодавства про захист права власності є межі допустимого (розумного) втручання держави в справи власника. Якщо звернутися до українського законодавства, то право власності визначається через класичну формулу: власник може володіти, користуватися і розпоряджатися майном у межах, передбачених законом. А оскільки закон є продуктом передусім

державної діяльності, можна тлумачити цей принцип як можливість використання майна на свій розсуд у межах, передбачених державою, або в межах, передбачених державою та закріплених у законі.

Так само вимога про те, що будь-яке вилучення чи позбавлення власності повинно здійснюватися в інтересах «суспільства», напряму згадане у другій нормі ст. 1 Першого протоколу Конвенції. Третя норма цієї статті також згадує «загальні» інтереси. А отже, будь-яка форма втручання в право власності, незалежно від того, яка норма поширюється на неї, повинна відповідати вимогам про наявність законної мети — інтересів суспільства.

Крім того, відповідно до практики Європейського суду, для того, щоб втручання в право власності вважалося допустимим, воно повинно служити не лише законній меті в інтересах суспільства, а повинна бути розумна співмірність між використовуваними інструментами і тією метою, на котру спрямований будь-який захід, що позбавляє особу власності. Розумна рівновага має зберігатися між загальними інтересами суспільства та вимогами дотримання основних прав особи (рішення у справі АГОСІ проти Об'єднаного Королівства). Іншими словами, заходи щодо обмеження права власності мають бути пропорційними щодо мети їх застосування.

Як свідчить практика Європейського суду з прав людини, найчастіше втручання в право власності фізичних та юридичних осіб відбувається з боку державних органів, зокрема органів виконавчої влади, іноді органів законодавчої й судової влад, шляхом прийняття законодавчих актів чи при винесенні незаконного рішення суду, тоді як ст. 1 Першого протоколу забороняє будь-яке невиправдане втручання державних органів.

Втручання має бути законним, тобто здійснене на підставі закону. При цьом;, під законом Конвенція розуміє нормативний акт, що має бути «доступним» *(accessible)* та «передбачуваним» *(foreseeable).* Також закон має відповідати всім вимогам нормативного акта. «Доступність» закону означає наявність доступу та знань щодо цього закону в суспільстві та в окремих осіб. «Передбачуваність» означає можливість передбачити певні дії або наслідки, які можуть виникнути в зв'язку із застосуванням закону.

Розглядаючи питання захисту права особи на мирне володіння майном, необхідно згадати позицію Європейського суду, за якою «позбавлення майна згідно із другою нормою може бути виправданим тільки якщо доведена, крім іншого, наявність «інтересів суспільства» та «умов, передбачених законом». Більше того, будь-яке втручання у володіння майном повинно задовольняти принцип пропорційності. Як Суд неодноразово зазначав, повинен бути встановлений справедливий баланс між інтересами суспільства в цілому та вимогою захисту основних прав індивіда.

Найбільша кількість рішень Європейського суду з прав людини стосувалася невиконання або тривалого невиконання рішень національних судів, що були пов'язані із захистом володіння своїм майном. До цієї категорії справ можна віднести рішення по суті в справах: *Півень проти України, Жовнер проти України, Войтенко проти України, Шмалько проти України, Науменко проти України, Дубенко проти України, Михайленки та інші проти України, Деркач та Палек проти України, Шаренок проти України, Кацюк проти України* та ін. Кількість таких справ збільшується з кожним роком.

Практика Європейського суду виходить із того, що встановлення державою окремих заборон щодо реалізації права власності на майно, а також використання державою заходів забезпечення з метою домогтися сплати податків слід роз-

глядати як факти втручання держави в мирне володіння майном, що визначається як одне з фундаментальних прав людини. Такі факти мають аналізуватися щодо їх обґрунтованого застосування, тобто законності, доцільності та пропорційності. Як свідчить аналіз практики, у цій сфері державні податкові органи України часто-густо припускаються порушень і норм законодавства, і загальних принципів права в цілому.

У своєму тлумаченні вислову «мирне володіння» Комісія та Суд часто розрізняють поняття «позбавлення власності» і «контроль за її використанням». Наприклад, у відомій справі *Спорронг і Льоннрот проти Швеції* (1982) заявники скаржилися на те, що постанова муніципалітету міста Стокгольм, яка дозволяла місцевій владі відчужувати за своїм бажанням практично без обмежень будь-яку власність, порушувала їхнє право власності за ст. 1 Першого протоколу. Суд ухвалив, що хоча подібне відчуження теоретично залишало за власниками право користуватися та розпоряджатися своєю власністю, однак практично їхні можливості робити це були обмежені настільки, що застосування шведського закону справді порушувало їхнє право на вільне володіння своїм майном. Розглянувши справу, Суд також підкреслив свою думку про те, що Конвенція у цілому вимагає збереження балансу між інтересами суспільства і основними правами людини, та зауважив, що у випадку позбавлення власності, встановлені обмежень на користування нею чи в інших подібних випадках справедливість вимагає, щоб особам, які постраждали, було надано право оскаржувати рішення уряду з питань позбавлення власності, встановлення контролю за її використанням і було надане відшкодування.

Суд більш чітко виклав свою думку щодо балансу між приватними інтересами та суспільним інтересом у справах *Літгоу та інші проти Сполученого Королівства* I 1987) *і Джеймс та інші проти Сполученого Королівства* (1986). В останній справі заявники виступали проти застосування британського законодавства, яке дозволяло деяким орендаторам житла, що орендували житло протягом тривалого часу, купувати у орендодавця його частку нерухомості, іноді навіть за меншу ціну від її ринкової вартості на час укладання угоди. Не знайшовши порушення права на власність, Суд зазначив:

«Поняття суспільний інтерес» обов'язково має розширене тлумачення... Суд, вважаючи природним, що мають бути широкими межі розсуду, які надаються законодавцям для здійснення соціальної та економічної політики, поважає рішення законодавців стосовно того, що є суспільний інтерес, коли ці рішення грунтуватимуться на розумних міркуваннях.

Відчуження власності, яке здійснюється відповідно до законодавчої, соціальної, економічної політики чи з іншою метою, може відповідати «суспільним інтересам», навіть якщо суспільство в цілому безпосередньо не використовує цю відчужену власність або не володіє нею».

Із тексту ст. 1 Першого протоколу і тлумачень, які були зроблені під час розгляду Комісією та Судом судових справ, стає зрозумілим, що держава має значно ширші межі розсуду, коли йдеться про критерій «суспільні інтереси», порівняно з критерієм «необхідності в демократичному суспільстві», який представлено також і в інших статтях Конвенції. Французький уряд вийшов за визначені для нього межі розсуду у своїй концепції «загального інтересу» при забезпеченні сплати датків, про що йшлося у справі *Антріш проти Франції* (1994). У цій справі регіональні власті скористалися своїм правом купувати першими власність під час торгової операції з приватною власністю, при цьому вони використали закон, жкий надавав їм значні дискреційні повноваження, однак не забезпечував влас-

ниці достатніх процедурних гарантій. Суд визнав, що факт привласнення державою абсолютної влади, коли вона підмінювала собою покупця будь-якої нерухомості з єдиною метою — забезпечити неухилення від сплати податків — завдав заявниці значної шкоди. Тому було визнано порушення ст. 1 Першого протоколу.

Рішення держави, які вона приймала на власний розсуд, стали предмете суперечки у справах *Катікарідіс та інші проти Греції* (1996) і *Цомцос та інші проти Греції* (1996). У цих справах йшлося про експропріацію власності для будівництва автомагістралі. При цьому використовувався закон, що встановлював неоспорюване положення, за яким доходи, які будуть надходити від робіт по впорядкуванню автодороги, складуть достатню компенсацію позбавленим власності особам. Суд постановив, що відсутність гнучкості у системі відшкодування, зокрема неможливість отримати судове рішення, яке б визначило реальні втрати від вимушеної експропріації, порушувала ст. 1 Першого протоколу.

Коли уряд відмовляє особі у доступі до її власності протягом кількох років, позбавляючи тим самим цю особу можливості користуватися, розпоряджатися : володіти цією власністю, то в цьому випадку має місце порушення права на володіння своїм майном. Суд дійшов такого висновку у справі *Лоізіду проти Туреччини* (1996), в якій він не погодився з численними аргументами, які наводилися урядом, зокрема з тим, що політична ситуація на Кіпрі виправдовує відмову допустити громадянина Кіпру грецького походження до його власності, яка знаходиться на території, що контролюється Туреччиною. Суд зазначив, що «фактична перешкода може становити порушення Конвенції так само, як і юридична перешкода».

Суд розглянув кілька справ, у яких власники помешкань скаржилися на контроль з боку уряду за використанням їхньої власності. Окрім справи *Меллахера*. яку було згадано вище, Суд розглянув ще дві справи, в яких йшлось про те, що власники квартир не могли домогтися виконання судових рішень про примусове виселення осіб, які винаймали ці помешкання. Суд ухвалив різні рішення в кожній із справ: у справі *Спадеа і Скалябріно проти Італії* (1995) Суд визнав, що заявники не змогли довести свою потребу проживати в помешканні, про яке йшла мова, і в якому на той час проживали малозабезпечені жінки похилого віку. Ці жінки звернулися до муніципальних властей з проханням надати їм інше помешкання, винаймання якого буде коштувати їм дешевше. У цьому випадку порушення ст. 1 Першого протоколу не було. Однак в іншій справі — *Сколло проти Італії* (1995) — було допущено порушення цього положення, тому що заявник документально підтвердив свою інвалідність і необхідність для нього та його CLV ''. проживати у зазначеному помешканні.

Суд інколи розглядає справи, в яких заявники скаржаться на контроль за використанням власності в зв'язку з провадженням кримінального розслідування. У справі *Раймондо проти Італії* (1994) італійські власті наклали арешт на значну частку майна в очікуванні доказів про законне походження зазначеного майна. що належало особі, яку підозрювали у зв'язках з мафією. Не знайшовши у цьом;, випадку порушення ст. 1 Першого протоколу, Суд акцентував увагу на тому, з якою метою мафія використовує подібну власність, з якими труднощами зустрічається уряд, який веде боротьбу з таким використанням власності, та що приписи про накладення арешту носили обмежений характер. Суд також не визнав порушення у справі, в якій йшлося про накладення арешту на помешкання як на елемент доказу в рамках проведення кримінального розслідування (Вендітеллі проти Італії (1994)). В обох цих справах Суд, однак, відзначив порушення в тому, що уряд не вжив швидких заходів для того, щоб знову надати в повноправне користування власність після закінчення відповідних розслідувань.

Суд розглянув кілька справ, де заявники скаржилися на труднощі, з якими їм довелось зіткнутися при отриманні компенсації за власність, якої вони були позбавлені. Для того щоб визначити, наскільки ті чи інші заходи відповідали вимогам, що містяться у ст. 1 Першого протоколу, Суд вивчив такі фактори, як складність законодавства та процедур, що регулюють питання експропріації та відшкодування *Щубані проти Італії* (1996)), тривалість кожної з цих двох процедур (справи *Цубані та Матош є Сільва, Лда та інші проти Португалії* (1996)), збитки, що завдаються тривалим процесом позбавлення власності (*Гіїємен проти Франції* (1997)), а також відповідний характер розміру відшкодування з урахуванням затримки у виплаті (справи *Гіїємен та Аккус проти Туреччини* (1997)).

Суд визнав порушення ст. 1 Першого протоколу у випадках, коли держави, що є учасницями Конвенції, намагалися в окремих випадках використовувати правову казуїстику для того, щоб не виконувати зобов'язання щодо відшкодування приватним особам збитків, яких ті зазнали в результаті позбавлення майна. Держава не може в односторонньому порядку вносити поправки до контракту, який укладено з приватною особою, або припиняти його дію без виплати компенсації за втрати, котрих зазнають особи, з якими був укладений контракт. Законодавчий акт також не може скасовувати виплату, пов'язану зі зміною або припиненням контракту {*Грецькі очисні заводи та Стратіс Андреадіс проти Греції* (1994)). Уряд, оперуючи законами, також не може відмовитися визнавати факт делікту, що мав місце стосовно групи фізичних осіб або щодо держави (*Прессос Компаній Нав'єра С. С проти Бельгії* (1995)).

У статті 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, прийнятого 22 листопада 1984 р., закріплено право не бути притягненим до суду або покараним двічі. Згідно з її положеннями нікого не можна вдруге притягнути до суду або покарати в порядку кримінального провадження під юрисдикцією однієї і тієї самої держави за правопорушення, за яке його вже було остаточно виправдано або засуджено відповідно до закону та кримінальної процедури цієї держави. Положення попереднього пункту не перешкоджають повторному розгляду справи згідно із законом та кримінальною процедурою відповідної держави за наявності нових або нововиявлених фактів чи суттєвих недоліків у попередньому судовому розгляді, які могли вплинути на результати розгляду справи.

Принцип *ne bis in idem* (заборони притягнення до відповідальності або покарання двічі за одне й те саме діяння).

Згідно з практикою Європейського суду з прав людини, якщо за перший злочин особа притягалася до відповідальності і була покарана в одній державі, то притягнення її до відповідальності і покарання за те саме діяння в іншій державі не є порушенням ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

Стаття 4 Протоколу не поширюється і на випадки притягнення до різних видів відповідальності.

3.16. Право на оскарження у кримінальних справах. Відшкодування за судову помилку.

Право на оскарження у кримінальних справах гарантовано у ст. 2 Протоколу *So* 7 до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, прийнятого 22 листопада 1984 р. Це право полягає в тому, що кожен, кого суд визнав винним у скоєнні кримінального правопорушення, має право на перегляд судом

вищої інстанції факту визнання його винним або винесеного йому вирок). Здійснення цього права, включаючи підстави, на яких воно може бути здійснене, регулюється законом. Із цього права можуть робитися винятки для незначних правопорушень, як це передбачено законом, або в разі коли відповідну особу судив у першій інстанції найвищий суд, або коли її було визнано винною і засуджено після оскарження виправдального вироку.

Стаття 3 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, прийнятого 22 листопада 1984 р, гарантує відшкодування в разі незаконного засудження. Так, якщо остаточним рішенням особу було засуджено за скоєння кримінального правопорушення і якщо винесений їй вирок було потім скасовано або її було помилувано на підставі нового чи нововиявленого факту, який беззаперечно доводить наявність судової помилки, то ця особа, яка зазнала покарання в результаті такого засудження, одержує відшкодування згідно із законом або практикою відповідної держави, якщо тільки не буде доведено, шс зазначений невідомий факт не було свого часу виявлено повністю або частково з вини цієї особи.

1 грудня 2005 р. був прийнятий Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду». Цим Законом було доповнено існуючі положення у цій сфері. До ст. 2 Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду» було додано новий пункт:

«І[1]) встановлення в обвинувальному вироку суду чи іншому рішенні суду (крім ухвали чи постанови суду про повернення справи на додаткове розслідування чи новий судовий розгляд) факту незаконного притягнення як обвинуваченого, незаконного взяття і тримання під вартою, незаконного проведення в хол: розслідування чи судового розгляду кримінальної справи обшуку, виїмки, незаконного накладення арешту на майно, незаконного відсторонення від роботи (посади) та інших процесуальних дій, що обмежують чи порушують права та свободи громадян, незаконного проведення оперативно-розшукових заходів».

Цей пункт розширює коло осіб, які мають можливість отримати компенсацію. Проте закон, як і раніше, не надає право на компенсацію особам, які були незаконно затримані (мається на увазі так звані «кримінально-процесуальне» та «адміністративне» затримання»).

3.17. Право на освіту. Право на вільні вибори.

Право на освіту і право на вільні вибори гарантовані статтями 2, 3 відповідно Протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, прийнятим у Парижі 20 березня 1952 р.

Так, відповідно до ст. 2 Протоколу, нікому не може бути відмовлено у праві на освіту. Держава при виконанні будь-яких функцій, узятих нею на себе в галузі освіти і навчання, поважає право батьків забезпечувати таку освіту і навчання відповідно до своїх релігійних і світоглядних переконань.

Право на освіту є міжнародно визнаним правом людини. Вперше питання про право громадянина на освіту офіційно вирішено у Декларації незалежност: Сполучених Штатів Америки (1776) та Конституції США (1787). Ширше це питання знайшло висвітлення у Декларації прав людини та громадянина (1789). У її Преамбулі виражено намір Національних зборів Франції викласти «природні.

невідчужувані та священні права людини», а ст. 1 встановлює: «Люди народжуються вільними та рівними у правах. Різниця між ними може бути заснована лише на загальній користі». Стаття 11 Декларації проголошує: «Вільне висловлювання своєї думки є одним з найдорожчих прав людини; кожна людина може вільно висловлювати свою думку, писати, друкувати, відповідаючи лише за зловживання цією свободою у випадках, передбачених законом». Загальна декларація прав людини (1948) у п. 1 ст. 26 передбачає: «Кожна людина має право на освіту. Освіта повинна бути безкоштовною, принаймні, що стосується початкової та середньої освіти. Початкова освіта має бути загальнообов'язковою. Технічна і професійна освіта повинна бути загальнодоступною для всіх на основі здібностей кожного». Для розуміння сутності права на освіту цю статтю необхідно розглядати у поєднанні зі ст. 19, що передбачає: «Кожен має право на свободу переконань та на їх вільне вираження; це право також містить свободу безперешкодно дотримуватись своїх переконань і свободу шукати, отримувати та розповсюджувати інформацію й ідеї різними способами та незалежно від державних кордонів».

Суттєвим внеском до розвитку цієї концепції необхідно визнати прийняття Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права (1966). У загальнообов'язковому порядку для всіх учасників цей акт закріпив положення про те, що держави, які беруть участь у ньому, визнають право кожної людини на освіту (ч. 1 ст. 13).

Названий міжнародно-правовий акт визначає основні види освіти (початкову, середню, включаючи професійно-технічну, вищу, елементарну), встановлює їх найважливіші характеристики (п. 2 ст. 13): початкова освіта повинна бути обов'язковою та безкоштовною для всіх; середня у різних формах, включаючи професійно-технічну середню освіту, має бути відкритою та доступною для всіх шляхом прийняття необхідних заходів, зокрема поступового введення безкоштовної освіти; вища освіта повинна бути однаково доступною для всіх на основі індивідуальних здібностей шляхом вжиття всіх необхідних заходів, зокрема поступового запровадження безкоштовної освіти; елементарна освіта має заохочуватися, за можливістю для тих, хто не проходив чи не закінчив повного курсу початкової освіти.

Право на освіту включено до ст. 2 Першого протоколу Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод і має форму закріплення. Це дещо відрізняється від Загальної декларації прав людини та Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права: «Нікому не може бути відмовлено у праві на освіту. Держава при виконанні будь-яких функцій, які вона на себе бере у сфері освіти та навчання, поважає право батьків забезпечувати таку освіту для своїх дітей відповідно до власних релігійних і філософських переконань».

Подібна форма вираження права на освіту міститься у Конвенції СНД про права та основні свободи людини. У ній встановлено: «Нікому не може бути відмовлено у праві на освіту» (п. 1 ст. 27). При здійсненні будь-яких функцій, що беруть на себе сторони щодо освіти та навчання, вони повинні поважати право батьків забезпечувати своїм дітям таку освіту і навчання, які відповідають їх власним переконанням та національним традиціям (п. 1 ст. 27).

При цьому зазначається, що початкова, основна загальна освіта є обов'язковою та безкоштовною (п. 2 ст. 27). А кожна сторона встановлює віковий мінімум, до якого середня освіта є обов'язковою і котрий не може бути нижчим за передбачений законом відповідно до міжнародно визнаних стандартів (п. 3 ст. 27).

Особливе значення у становленні концепції права людини на освіту має Конвенція про боротьбу з дискримінацією у сфері освіти, прийнята 14 грудня 1960 р.

Генеральною конференцією ООН з питань освіти, науки та культури на 11-й сесії. Виходячи з різноманіття систем освіти, застосовуваних в окремих країнах, ООН повинна не тільки усувати будь-яку дискримінацію у галузі освіти, а й заохочувати загальну рівність можливостей та рівне до всіх ставлення у цій сфері.

Відповідно до названого міжнародно-правового акта, «дискримінація» охоплює будь-яку різницю, виняток, обмеження чи переваги за расовою ознакою, кольором шкіри, статтю, мовою, релігією, політичними та іншими переконаннями, національним чи соціальним походженням, економічним становищем або народженням, яке має метою чи наслідком усунення або порушення рівності відносин у сфері освіти, а саме: 1) закриття для будь-якої особи чи їх групи доступу до освіти; 2) обмеження освіти для будь-якої особи або їх групи нижчим рівнем: 3) створення чи збереження окремих систем освіти або навчальних закладів для будь-яких осіб чи їх групи, крім випадків, передбачених положенням ст. 2 цієї Конвенції; 4) становище, що є несумісним із гідністю людини, в яке ставиться будь-яка особа або група осіб (п. 1 ст. 1).

Необхідність розроблення механізму правового регулювання і гарантування права на освіту передбачає активну нормотворчу та організаційну діяльність спеціальних установ ООН і міжнародного співтовариства. Так, ЮНЕСКО розробляє та приймає основоположні міжнародні акти з питань освіти. Крім того, консолідовані форми міжнародного співтовариства приймають важливі документи у цій сфері (наприклад, Всесвітня декларація про освіту для всіх (1990). розроблена Всесвітньою конференцією «Освіта для всіх» (м. Джомтьєн)). Цей акт, не зважаючи на рекомендаційний характер, має важливе значення у системі гарантування права на освіту.

Міжнародні комісії та конференції, спеціальні міжнародні організації і установи розробляють та приймають міжнародні акти, спрямовані на розвиток окремих видів освіти.

Необхідно зауважити, що право на освіту отримало міжнародне визнання у важливих правових актах, які стосуються правового статусу окремих суб'єктів права. Насамперед, у таких документах, як: Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації (ст. 5); Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок (статті 10, 14); Конвенція про права дитини (статті 28, 29); Декларація про права інвалідів (ст. 6); Стандартні правила забезпечення рівних можливостей для інвалідів (правило 6) тощо.

У цьому контексті можна назвати регіональні міжнародні акти, наприклад. Європейську хартію про регіональну мову та мову меншин (ст. 8), яка гарантує право на освіту на відповідній регіональній мові чи на мові меншин.

Крім того, ЄС розвиває механізм гарантування права на освіту в межах Ради Європи, приймаючи такі акти, що мають юридичну силу — Європейська культурна конвенція (1954), Європейська конвенція про еквівалентність дипломів, які надають доступ в університети (1953), Європейська конвенція про академічне визнання університетських кваліфікацій (1959), Європейська конвенція про еквівалентність періодів університетської освіти (1956), Конвенція про визнання кваліфікацій, що належать до вищої освіти у європейському регіоні (1997) та ін.

Отже, результатом діяльності міжнародного співтовариства за цей періоz стало створення системи міжнародно-правових актів як обов'язкового, так і програмного та рекомендаційного характеру, що закріплюють і забезпечують реалізацію права людини на освіту.

Будучи міжнародно визнаним правом людини, нормативно закріпленим Загальною декларацією прав людини та Міжнародним пактом про економічні.

соціальні та культурні права, воно може мати конституційну форму та повинно виступати як основне гарантоване право людини і громадянина. Конституційний розвиток України та інших держав виявляє тенденцію до закріплення в основних законах названого права, незважаючи на певні розбіжності у формах вираження його змісту в конституціях цих країн.

Так, Конституція України, як і більшості держав, відносить право на освіту до фундаментальних прав у сфері вільного культурного розвитку. Одночасно з цим вона передбачає особливості механізму реалізації та гарантування цього права. Про це йдеться у підпунктах 1, 2, 3 ст. 53 Конституції. Крім того, Україна встановлює державні освітні стандарти, підтримує різні форми освіти та самоосвіти.

Розкриваючи ознаки зазначеного права, необхідно підкреслити, що воно має загальний характер, надається будь-якій фізичній особі та є рівним для всіх незалежно від статі, раси, національності, мови, походження, майнового і посадового становища, місця проживання, переконань, належності до громадських об'єднань, а також інших обставин. Забороняються будь-які форми обмеження прав громадян за вказаними вище ознаками. Це право є невід'ємним, його не можна передати іншій особі чи успадкувати, від нього не можна відмовитися. Суб'єкт цього права не може відчужувати його через те, що воно є невід'ємним від особи носія, тому що полягає у володінні особою фізичною, моральною та духовною цілісністю. Будучи основним за своєю природою, це право відрізняється безстроковим характером. Отримавши міжнародно-правову та конституційну форму закріплення, воно існує постійно. Це право належить кожному від народження і виступає як таке, що діє безпосередньо, незалежно від інших юридичних умов та не припиняється після реалізації.

Право на вільні вибори, як вже вказувалося, гарантоване ст. 3 Протоколу. Згідно з нею Високі Договірні Сторони зобов'язуються проводити вільні вибори з розумною періодичністю шляхом таємного голосування в умовах, які забезпечуватимуть вільне вираження думки народу у виборі законодавчого органу.

У статті 21 Загальної декларації прав людини зазначено, що основою влади \ряду має бути воля народу, яка повинна виявлятися у періодичних і несфальсифікованих виборах. Відповідно до ст. 25 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, кожний громадянин без будь-якої дискримінації та без необгрунтованих обмежень повинен мати право й можливість брати участь у веденні державних справ як безпосередньо, так і через посередництво вільно обраних представників, а також голосувати та бути обраним на справжніх періодичних виборах, що проводяться на основі загального та рівного виборчого права при таємному голосуванні і забезпечують свободу волевиявлення виборців.

У статті 3 Першого протоколу до Конвенції проголошено, що Високі Договірні Сторони зобов'язуються проводити вільні вибори з розумною періодичністю шляхом таємного голосування за умов, які забезпечуватимуть народові вільне виявлення своєї думки при виборі законодавчої влади. Особливість цієї норми в тому, що вона є єдиним основним положенням Конвенції, в якому не йдеться про право чи свободу особи та в якому не передбачено невтручання з боку держави. Навпаки, в цій статті чітко сформульовано позитивне зобов'язання держави.

Європейський суд до цього часу розглянув невелику кількість справ, у яких порушувалося питання про недотримання положень зазначеної статті. Водночас Суд постійно звертає увагу на те, що згідно з преамбулою Конвенції основні праза і свободи людини найкраще забезпечує «ефективна політична демократія» *(див.* рішення від 2 березня 1987 р. у справі *Матьє Моан іКлерфейт проти Бельгії).*

Оскільки саме ст. 3 Протоколу містить характерний принцип «ефективної політичної демократії», вона відповідно має головну цінність у системі положень Конвенції (див. рішення від 17 липня 2001 р. у справі *Селім Садак та інші проти Туреччини).*

Слід зазначити, що розуміння органами, які контролюють виконання положень Конвенції, положення Першого протоколу з часом змінилося. Зокрема. Європейська комісія з прав людини від ідеї «інституційного права» на проведення вільних виборів (див. рішення від 18 вересня 1961 р. щодо прийнятності заяви № 1028/61) перейшла до концепції «універсального виборчого права» (див. рішення від 6 жовтня 1967 р. щодо прийнятності заяви № 2728/66), а потім — до поняття суб'єктивних прав участі у виборах: «права голосувати» та «права висувати свою кандидатуру на виборах до законодавчого органу» (див. рішення віі 30 травня 1976 р. щодо прийнятності заяв № 6745-6746/76).

Європейський суд схвалює останню концепцію, але при цьому наголошує на тому, що застосування положень ст. 3 Протоколу захищає виборчі права лише при формуванні «законодавчих органів». Ще в «підготовчих матеріалах» Першого протоколу зазначалося, що термін «законодавчий орган» необхідно тлумачити як політичний інститут, який згідно з національним законодавством виконує функції законодавчої влади незалежно від його структури (наявності палат тощо). Це положення було деталізоване в рішеннях Суду. Зокрема, у справі *Гориздра проти Молдови* (див. рішення щодо прийнятності заяви від 5 квітня 2002 р.) заяву було визнано неприйнятною в частині вимог, що стосуються муніципальних виборів; у справі «Башкаустайте проти Литви» (рішення щодо прийнятності заяви від 23 квітня 2001 р.) — в частині вимог, які стосуються президентських виборів, оскільки згідно з конституцією цієї країни лише парламент має виключні права приймати закони; у справі *Черепкова проти Російської Федерації* (рішення щодо прийнятності заяви від 3 грудня 2000 р.) — у частині вимог, що стосуються виборів до законодавчих органів суб'єктів Російської Федерації.

На сьогодні Європейський суд уже виробив певний підхід до тлумачення ст. 3 Протоколу: у його рішеннях зазначається, що право на вільні вибори є дуже важливим, але не абсолютним. Такий підхід залишає місце деяким обмеженням з боку держав, проте ці обмеження мають встановлюватися задля досягнення законної мети з використанням пропорційних засобів і не повинні зашкоджувати суті права на вільні вибори та робити його неефективним (див. рішення віл 2 вересня 1998 р. у справі *Ахмед та інші проти Сполученого Королівства;* рішення від 30 березня 2004 р. у справі *Хьорст проти Сполученого Королівства*, № 2). Суд у кожному випадку ретельно перевіряє, чи було обмеження права на вільні вибори обґрунтованим і пропорційним поставленій меті.

У справі *Матьє Моан і Клерфейт проти Бельгії* Суд висловив думку, що у ст. 3 Протоколу не передбачено створення якоїсь конкретної виборчої системи (наприклад, пропорційного представництва чи прийняття рішення більшістю голосів за наявності одного або двох бюлетенів). Це пов'язано з тим, що: виборчі системи в різних країнах можуть істотно відрізнятися одна від одної і час од часу змінюватися; перед цими системами іноді ставляться несумісні завдання — більш чи менш точно відображати волевиявлення народу або об'єднувати різні ідейні рухи та сприяти формуванню достатньо логічної і чіткої політичної волі.

Європейський суд особливо застерігає, що з метою застосування ст. 3 Протоколу будь-яке виборче законодавство має оцінюватися з урахуванням політичного та історичного розвитку відповідної країни, адже деякі особливості, які неприпустимі в умовах однієї політичної системи, можуть бути прийнятними в

контексті іншої. Проте для держав існує межа у визначенні обмежень щодо реалізації права на вільні вибори. Це — повага до фундаментального принципу забезпечення «вільного вираження думки народу при виборі законодавчої влади» (див. рішення від 9 квітня 2002 р. у справі *Підколзіна проти Латвії*). При цьому названий принцип передбачає головним чином однаковий підхід до всіх громадян при реалізації ними свого права голосувати та бути кандидатом на виборах.

Для гарантії незалежності кандидатів на виборах до законодавчого органу і свободи виборців держави мають широкі можливості встановлювати конституційні правила щодо статусу членів парламенту, а також критерії, яким повинні відповідати кандидати. Наприклад, у справі *Ахмед та інші проти Сполученого Королівства* Суд дійшов висновку, що не було порушення ст. 3 Протоколу, тому що деяким посадовим особам (чиновникам високого рангу) заборонено балотуватися на виборах до законодавчого органу доти, поки вони не залишать свої пости, щоб забезпечити їх політичну безсторонність. У рішенні, постановленому 1 липня 1997 р. у справі *Гітонас та інші проти Греції*, Суд також не визнав порушення ст. 3 Протоколу, оскільки національним законодавством заборонено висувати свою кандидатуру на виборах особі, яка протягом останніх трьох років до часу проведення виборів перебувала на посаді в державних органах понад три місяці.

Обмеження права людини бути обраним до законодавчого органу може застосовуватися також як засіб покарання особи за негромадянську поведінку або як превентивний засіб, якщо поведінка цієї особи становить загрозу демократії і з її обранням може виникнути небезпека зміни конституційного порядку держави. Однак принцип пропорційності, на думку Суду, передбачає, що такий засіб має бути тимчасовим і не може застосовуватись автоматично. Національні органи, у тому числі суди, в кожному конкретному випадку мають визначити, протягом якого часу обмеження права бути обраним як засіб покарання залишається пропорційним поставленій меті. Так, у рішенні, постановленому 17 червня 2004 р. у справі *Жданок проти Латвії,* йдеться про те, що заявниці було відмовлено в реєстрації кандидатом на парламентських виборах у 1998 р. і 2002 р. через те, що вона після революційних подій 13 січня 1991 р. брала «активну участь» у діяльності Комуністичної партії Латвії, яку 10 вересня 1991 р. було визнано неконституційною. Дослідивши факти, Суд зазначив, що заявниця ніколи не притягалася до кримінальної відповідальності за вчинення злочинів, пов'язаних з її діяльністю як члена колишньої Комуністичної партії, і немає доказів того, що вона вчинила дії, спрямовані проти Республіки Латвія або на відновлення у ній тоталітарного режиму. Отже, Суд дійшов висновку, що поведінка заявниці не дає підстав для тривалого позбавлення її права балотуватися в депутати, і тому визнав порушення ст. 3 Протоколу.

У рішенні щодо справи *Підколзіна проти Латвії* Суд заявив, що положення латвійського закону про заборону громадянам, які не володіють державною мовою на достатньому рівні, висувати свою кандидатуру на виборах, мають на меті забезпечити належне функціонування законодавчого органу. Отже, ці положення відповідають ст. 3 Протоколу, тому що законодавче встановлення однієї робочої мови в парламенті є компетенцією держав. Водночас Суд зазначив, що з метою запобігання зловживанню владою держави повинні гарантувати об'єктивність і безсторонність органу, який перевіряє кандидатів на відповідність вимогам національного виборчого законодавства.

Актуальним у практиці Європейського суду є питання про обмеження активного виборчого права особи (права обирати) у зв'язку з її засудженням до

позбавлення волі. Зокрема, у рішенні щодо справи *Хьорст проти Сполученого Королівства* (№ 2) Суд відійшов від прецедентних рішень Європейської комісії, в яких зазначалося, що призупинення ув'язненим права голосувати не загрожує вільному волевиявленню народу під час парламентських виборів. У названій справі підданий Великої Британії Джон Хьорст скаржився, що відповідно до Закону про народне представництво 1983 р. його було позбавлено права голосувати на весь час тюремного ув'язнення. Розглянувши справу по суті, Суд визнав, що національні законодавчі органи мають широкі можливості розсуду у визначенні, чи можуть бути виправдані в сучасних умовах обмеження активного виборчого права осіб, засуджених до позбавлення волі, а також у питанні про справедливий баланс цих обмежень. Наприклад, національні органи повинні вирішувати, чи будуть обмеження на право голосувати застосовуватися до осіб, які вчинили певний вид злочину, або до засуджених за вчинення тяжких та особливо тяжких злочинів, чи питання про позбавлення злочинця виборчого права має належати до компетенції суду, який постановляє вирок. Утім, нормативна заборона голосувати як абсолютна санкція щодо всіх осіб, які відбувають покарання у тюрмах, незалежно від обставин у кожному випадку та тяжкості вчиненого злочину виходить за межі, встановлені у ст. 3 Протоколу, адже така заборона несумісна з реабілітацією правопорушника як законослухняного члена суспільства й «підриває авторитет» закону. У названій справі заявник скаржився на те, що його позбавили права голосувати шляхом автоматичного застосування до нього загального обмеження виборчого права щодо засуджених, тому, за висновком Суду, в цьому випадку порушення ст. 3 Протоколу мало місце.

Приблизно в 13 державах, які ратифікували Конвенцію, ув'язнені не можуть голосувати на виборах до законодавчого органу через чинність відповідного національного закону або відсутність необхідних умов. Рішення у справі *Хьорст проти Сполученого Королівства* (№ 2) створило прецедент, який зобов'язує ці держави внести зміни до національного законодавства і привести його у відповідність із вимогами ст. 3 Протоколу. Таким чином, зазначене прецедентне рішення нині набуло ключового значення у системі конвенційного права.

Порушення права на вільні вибори було виявлене також у справі *Лабіта проти Італії* (див. рішення від 6 квітня 2000 р.). Як особа, яка перебуває під особливим наглядом поліції через підозру в належності до мафії, заявник автоматично був позбавлений виборчих прав і виключений зі списку виборців. Суд не заперечив проти того, що тимчасове позбавлення виборчих прав осіб, належність яких до мафії підтверджується доказами, має законну мету. Однак у цьому випадку Суд не знайшов конкретного доказу на підтвердження вини заявника й тому не визнав цей захід таким, що відповідає законній меті.

Заслуговує на увагу прецедентне рішення Суду від 18 лютого 1999 р. у справі *Метьюз проти Сполученого Королівства*, в якому Суд вирішив принципову проблему: чи захищені положеннями ст. 3 Протоколу суб'єктивні виборчі права людини під час виборів до наднаціональних представницьких органів, зокрема до Європейського парламенту. У зв'язку з тим, що на момент прийняття Першого протоколу до Конвенції Європейського парламенту ще не існувало, це питання не було застережено у ст. 3 Протоколу. Тож Суд у цій справі застосував метод поширювального тлумачення правових норм, наголосивши, що Конвенція — це живий інструмент, який може бути інтерпретованим у світлі сучасних умов. У рішенні йдеться про те, що поняття «орган законодавчої влади» не обов'язково означає національний парламент і що вибори до Європейського парламенту не можуть виключатися зі сфери дії ст. 3 Протоколу лише на тій підставі, що цей

парламент є наднаціональним, а не внутрішньодержавним представницьким органом. Суд розглянув повноваження Європейського парламенту в контексті Європейського співтовариства та дійшов висновку, що парламент бере участь у загальному демократичному нагляді за діяльністю Європейського Співтовариства і достатньою мірою впливає на формування законодавства, що стосується цієї діяльності, тому його можна було вважати органом законодавчої влади.

Декілька разів предметом розгляду Суду були заяви українських громадян про порушення ст. 3 Протоколу. У рішенні від 4 травня 1999 р. щодо прийнятності заяви № 43476/98 *Бабенка проти України* Суд наголосив, що до його обов'язків не входить вирішення питання про те, чи справді було допущено порушення національного права. Він має визначити, чи мало місце втручання у вільне волевиявлення народу під час виборів до законодавчого органу, тобто порушення ст. 3 Протоколу. Отже, Суд розглянув питання, чи був обґрунтованим висновок суду Жовтневого району м. Кривий Ріг, який є єдиною компетентною національною судовою інстанцією у виявленні такого порушення. У рішенні, прийнятому в цій справі, Європейський суд погодився з аргументом національного суду, що хоча через значну кількість виборців і недостатню наявність кабін для голосування не було повністю дотримано таємницю голосування, проте не виявлено жодного втручання у виборчий процес із боку членів окружних виборчих комісій. Заяву К. Бабенка було визнано неприйнятною. У справі *Сергій Головатий проти України* (див. рішення від 16 березня 2000 р. щодо прийнятності заяви) Суд визнав заяву неприйнятною через те, що заявника, якого було обрано народним депутатом України, не можна вважати «потерпілим» від порушення його виборчих прав.

Отже, у розглянутій нормі Першого протоколу закладено фундаментальні демократичні принципи формування законодавчої влади, які конкретизовані у прецедентному праві Європейського суду. Саме тому першочергове завдання вітчизняних юристів і політиків — вивчити та враховувати відповідні прецеденти Суду як при внесенні змін і доповнень до конституційно-правових норм про вибори, так і під час судового розгляду скарг суб'єктів виборчого процесу. Це дасть змогу уникнути колізій між Конвенцією та національним законодавством, сприятиме правильному розумінню і застосуванню прецедентів Європейського суду суддями України.

3.18. Процедура розгляду справ у Європейському суді з прав людини.

Юрисдикція Суду поширюється на всі питання, що стосуються тлумачення та застосування Конвенції і протоколів до неї і які передаються йому на розгляд.

Будь-яка Висока Договірна Сторона може передати на розгляд Суду питання про будь-яке порушення положень Конвенції та протоколів до неї, яке, як вона вважає, було допущене іншою Високою Договірною Стороною.

Суд може приймати заяви від будь-якої особи, неурядової організації або групи осіб, які вважають себе потерпілими від порушення однією з Високих Договірних Сторін прав, викладених у Конвенції або протоколах до неї. Високі Договірні Сторони зобов'язуються не перешкоджати ніяким чином ефективному здійсненню цього права.

Суд може прийняти питання до розгляду тільки після того, як було вичерпано всі національні засоби правового захисту — відповідно до загальновизнаних норм міжнародного права, і впродовж шести місяців від дати прийняття остаточного рішення.

Суд не розглядає жодної заяви, якщо вона:

1) є анонімною;

2) за своєю суттю порушує питання, що вже було розглянуте Судом або вже подане на розгляд за іншою процедурою міжнародного розслідування чи врегулювання, і якщо вона не містить відповідної нової інформації.

Суд визнає неприйнятною будь-яку індивідуальну заяву, якщо він вважає, шо ця заява є несумісною з положеннями Конвенції або протоколів до неї, явно необгрунтованою або є зловживанням правом на подання заяви.

Суд відхиляє будь-яку заяву, якщо він вважає її неприйнятною згідно з цією статтею. Він може зробити це на будь-якій стадії провадження у справі.

У всіх справах, які розглядаються палатою або Великою палатою, Висока Договірна Сторона, громадянин якої є заявником, має право подати свої міркування у письмовій формі і брати участь у слуханнях.

Голова Суду може, в інтересах належного відправлення правосуддя, запропонувати будь-якій Високій Договірній Стороні, яка не є стороною в судовому розгляді, або будь-якій заінтересованій особі, яка не є заявником, подати свої міркування у письмовій формі або брати участь у слуханнях.

Суд може на будь-якій стадії провадження у справі вилучити заяву з реєстру справ, якщо обставини дозволяють дійти висновку, що:

1) заявник не має наміру далі підтримувати свою заяву;

2) спір уже вирішено;

3) на будь-якій іншій підставі, встановленій Судом, подальший розгляд заяви не є виправданим.

Однак Суд продовжує розгляд заяви, якщо цього вимагає повага до прав людини, визначених у Конвенції та протоколах до неї.

Суд може знову поновити заяву в реєстрі справ, якщо, на його думку, обставини це виправдовують.

Якщо Суд визнає заяву прийнятною, він:

1) розглядає справу разом із представниками сторін і, в разі необхідності, проводить розслідування, для ефективного здійснення якого заінтересовані держави створюють усі необхідні умови;

2) надає себе у розпорядження заінтересованих сторін з метою забезпечення дружнього врегулювання спору на основі поваги до прав людини, визначених у Конвенції та протоколах до неї.

У разі досягнення дружнього врегулювання Суд вилучає справу з реєстру, прийнявши відповідне рішення, що містить лише стислий виклад фактів і досягнутого вирішення.

Слухання проводяться у відкритому засіданні, якщо Суд у виняткових випадках не вирішить інакше.

Доступ до документів, які здаються на зберігання Секретареві, має бути відкритим, якщо Голова Суду не вирішить інакше.

Якщо Суд визнає факт порушення Конвенції або протоколів до неї і якщо внутрішнє право відповідної Високої Договірної Сторони передбачає лише часткову компенсацію, Суд, у разі необхідності, надає потерпілій стороні справедливу сатисфакцію.

Упродовж трьох місяців від дати постановлення рішення палатою будь-яка сторона у справі може, у виняткових випадках, звернутися з клопотанням про передання справи на розгляд Великої палати.

Колегія у складі п'яти суддів Великої палати приймає таке клопотання, якщо справа порушує серйозне питання щодо тлумачення або застосування Конвенції чи протоколів до неї або важливе питання загального значення.

Якщо колегія приймає клопотання, Велика палата вирішує справу шляхом постановлення судового рішення.

Рішення Великої палати є остаточним. Воно стає остаточним:

1) якщо сторони заявляють про те, що вони не звертатимуться із клопотанням про передання справи на розгляд Великої палати;

2) через три місяці від дати постановлення рішення, якщо клопотання про передання справи на розгляд Великої палати не було заявлено;

3) якщо колегія Великої палати відхиляє клопотання про передання справи на розгляд Великої палати.

Остаточне судове рішення публікується.

Судові рішення та ухвали про прийнятність або неприйнятність заяв мають бути вмотивовані. Якщо судове рішення цілком або частково не виражає одностайної думки суддів, кожний суддя має право викласти окрему думку.

Високі Договірні Сторони зобов'язуються виконувати остаточне рішення Суду в будь-якій справі, в якій вони є сторонами. Остаточне рішення Суду надсилається Комітетові міністрів, який здійснює нагляд за його виконанням.

Суд може, на запит Комітету міністрів, надавати консультативні висновки з правових питань, що стосуються тлумачення Конвенції та протоколів до неї. Такі висновки не поширюються на питання, які стосуються змісту чи обсягу прав і свобод, визначених у розділі I Конвенції та протоколах до неї, або на будь-яке інше питання, яке Суд чи Комітет міністрів можуть розглядати внаслідок будь-якого провадження, що може бути порушене відповідно до Конвенції. Рішення Комітету міністрів про подання запиту щодо консультативного висновку Суду ухвалюються більшістю голосів представників, які мають право засідати в Комітеті.

Консультативні висновки Суду мають бути вмотивовані. Якщо консультативний висновок цілком або частково не виражає одностайної думки суддів, кожний суддя має право викласти окрему думку.

Витрати Суду покладаються на Раду Європи.

Отже, відповідно до ст. 32 вказаної Конвенції зі змінами, внесеними Протоколом № 11 до неї, питання тлумачення і застосування Конвенції та протоколів до неї віднесені до компетенції Європейського суду з прав людини. Україна визнала його компетенцію. Тлумачення положень Конвенції та протоколів до неї Європейський суд з прав людини здійснює у своїх рішеннях під час розгляду конкретних справ. Суд при розгляді таких справ шляхом правотлумачення перевіряє відповідність Конвенції та протоколам до неї національного законодавства і результатів його тлумачення та тлумачення положень міжнародного права, до якого воно відсилає, національними судами. Суд перевіряє повноту (достатність) національного законодавства та його досконалість у сфері дії конвенційних норм. Національне законодавство та його застосування повинні відповідати вимогам Конвенції та протоколів до неї.

У рішеннях Суд з'ясовує і роз'яснює конвенційні норми, їх зміст і обсяг. Від справи до справи він виробляє і формулює правові позиції (положення) щодо інтерпретації конвенційних норм. Такі загальні та усталені позиції щодо розуміння конвенційних норм мають загальну дію, тобто поширюються на невизначене коло осіб і на необмежену кількість подібних ситуацій, випадків («невичерпність» роз'яснення). Тому в подальшому ними Суд керується і спирається на них при розгляді інших аналогічних справ. Разом із конвенційними нормами правові положення Європейського суду з прав людини регулюють діяльність держав — учасників Ради Європи, всієї державної влади, особливо законодавчої, у сфері прав людини і основних свобод. Але Суд не може формулювати права та обов'язки, які не передбачені Конвенцією і протоколами до неї.

Конвенція і протоколи до неї є частиною норм міжнародного права, тому тлумачаться на основі загальновизнаних принципів і норм міжнародного права та застосування правил, встановлених статтями 31, 32 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р.

Договір повинен тлумачитись добросовісно відповідно до звичайного значення, яке слід надавати термінам договору в їхньому контексті, а також у світлі об'єкта і цілей договору. Поряд із контекстом враховуються: усяка наступна угода між учасниками щодо тлумачення договору або застосування його положень; наступна практика застосування договору, що встановлює угоду учасників щодо його тлумачення; будь-які відповідні норми, які застосовуються у відносинах між учасниками.

3.19. Критерії прийнятності заяви до розгляду Європейським судом з прав людини.

Суд може розглядати лише ті скарги, які стосуються прав, перерахованих у Конвенції та протоколах до неї. Він не є апеляційною інстанцією щодо національних судів і не може скасовувати або змінювати їхні рішення. Суд може приймати скарги лише проти держав, які ратифікували Конвенцію і визнали юрисдикцію Суду, і не може розглядати скарги щодо подій, які відбулися до дати такої ратифікації.

Звернутися до Суду можна з приводу лише тих питань, за які несе відповідальність орган влади (законодавчий орган, орган управління, суди тощо) однієї з цих держав. Суд не може розглядати скарги проти приватних осіб чи недержавних організацій.

Перед зверненням до Суду мають бути вичерпані всі засоби судового захисту відповідної держави, які могли б задовольнити скаргу. Вони включають подання скарги до найвищого суду, який може розглянути її.

Після того як найвищий компетентний національний суд або орган винесе рішення, особа може звернутися до Суду протягом шестимісячного строку. Якщо скарга пов'язана з засудженням або вироком суду, відлік цього строку починається від дати постановлення остаточного судового рішення у звичайному апеляційному процесі, а не від дати будь-якої подальшої відмови знову відкрити справу.

Якщо особа вважає, що скарга справді стосується якогось права, що гарантуються Конвенцією або протоколами до неї, і що ця скарга відповідає зазначеним вище умовам, їй передовсім слід надіслати листа з наведеною нижче інформацією до секретаря Суду за адресою:

The Registrar
European Court of Human Rights
Council of Europe
F-67075 STRASBOURG CEDEX

У листі потрібно:

1) дати стислий виклад скарг;

2) зазначити, які саме із прав за Конвенцією, на Вашу думку, було порушено;

3) констатувати, які саме засоби судового захисту Ви використали;

4) навести перелік офіційних рішень, прийнятих у Вашій справі, зазначивши дату кожного рішення, суд чи орган влади, що приймав рішення, а також подати стислий виклад самого рішення.

До листа слід додати копію кожного з цих рішень.

Секретар Суду може запропонувати заявнику надати додаткову інформацію чи документи або додаткові роз'яснення до його скарги. Заявника можуть поінформувати про те, яким чином Конвенція тлумачилася раніше в аналогічних справах, а якщо виявиться, що існує явна перешкода щодо прийнятності вашої скарги, вам можуть дати пораду і з цього приводу. Проте секретар Суду не може надавати консультації щодо права держави, проти якої подається скарга.

Якщо з листування із секретарем з'ясується, що скарга може бути зареєстрована як заява і заявник бажає, щоб це було зроблено, йому буде надіслано необхідний документ, який він має подати як офіційну заяву. Після цього заяву буде передано до Суду.

Секретар інформуватиме заявника про просування його справи. На початковій стадії провадження у справі здійснюється письмово, тому приїздити до Суду особисто немає потреби.

На наступній стадії провадження, якщо у заявника немає достатніх коштів, щоб оплатити гонорар адвокатові, йому може бути надано право на отримання безоплатної правової допомоги. Але правова допомога не може бути надана в той час, коли особа подає заяву.

3.20. Характеристика виняткових випадків, коли не потрібне вичерпання національних засобів захисту.

Відповідно до вимог п. 1 ст. 35 Конвенції, однією з умов прийнятності такої скарги є вичерпання всіх національних засобів захисту прав людини.

Європейський суд займає досить гнучку позицію щодо правила про вичерпання національних засобів захисту. Якщо реалізація цього захисту невиправдано затягується, Суд може визнати ці засоби вичерпаними. Суд «реалістично оцінює не тільки наявність формальних засобів захисту в правовій системі відповідної держави-учасниці, але також і загальний правовий і політичний контекст, у якому ті діють, також як і особисті обставини апелянта». Тяганина і невиправдані перерви в розслідуванні можуть бути взяті Судом до уваги при вирішенні питання щодо вичерпання засобів захисту.

Якщо діяння, оскаржене апелянтом у принципі підлягає кримінальному переслідуванню, але спроба притягти винних до кримінальної відповідальності ні до чого не призвела, Суд не вимагає порушення позову про відшкодування шкоди для дотримання правила ст. 35 § 1.

У рішенні від 5 квітня 2005 р. за справою *Афанасьев проти України* Європейський суд з прав людини визнав порушення ст. 13 Конвенції через те, що «за скаргою заявника державні органи здійснили поверхову перевірку і лише допитали можливих порушників. Вони прийняли заперечення працівників міліції «за чисту монету» та відмовили в порушенні кримінальної справи проти них попри свідчення заявника та незаперечні тілесні ушкодження в нього. Кримінальне розслідування скарги заявника почалося лише більш ніж через рік після подій. Суд згоден із заявником у тому, що недоліки на початковій стадії розгляду його заяви суттєво вплинули на подальший хід розслідування загалом. Багато свідків були допитані пізніше ітравень-листопад 2001 р.) тому й не могли чітко свідчити щодо подій у березні 2000 р. Суд також зауважує, що в двох випадках національні суди відзначали суттєві недоліки в розслідуванні: більшість свідків були допитані лише після тривалої затримки, у той час як деякі інші свідки не були допитані взагалі. На думку Суду, ці недоліки самі собою дають достатні підстави для висновку, що органи влади не виконали своїх зобов'язань за ст. 13 Конвенції» (Рішення Європейського суду з прав

людини у справі *Афанасьєв проти України (Afanasyev* v. *Ukraine)* від 5 квітня 2005 р.).

Неможливо залишити поза увагою той факт, що в Україні існує дуже обмежене коло засобів захисту прав людини. Виходячи з практики Європейського суду з прав людини, не кожен елемент національної системи може бути визнаний ефективним засобом захисту прав людини. Лише правові засоби повинні бути вичерпані. Тобто справа повинна обов'язково бути розглянута всіма органами, до повноважень яких належить розгляд справи по суті. Так, у справі 7729/76 щодо депортації з Великої Британії Комісія зазначила, що заявник не повинен звертатися до дорадчого журі присяжних, оскільки цей орган не має повноважень розглядати справу по суті.

У цьому випадку необхідно звернути увагу на інститут Уповноваженого Верховної Ради з прав людини (омбудсмена), адже саме його часто згадують як одного з дійових механізмів захисту прав людини в Україні. Відповідно до чинного законодавства до функцій Уповноваженого належить, зокрема, здійснення парламентського контролю з метою захисту, дотримання та запобігання порушенню прав людини. Єдиним можливим засобом впливу омбудсмена є звернення до Конституційного Суду України з клопотанням щодо відповідності Конституції України законів та інших правових актів, які стосуються прав та свобод людини і громадянина та офіційного тлумачення Конституції і законів України, а також до судів загальної юрисдикції про захист прав і свобод людини, яка за станом здоров'я чи з інших поважних причин не може цього зробити. В інших випадках Уповноважений може направити подання про вжиття відповідних заходів щодо усунення виявлених ним порушень прав і свобод. Подання є обов'язковим для органів, яким вони адресовані. Як бачимо, до функцій Уповноваженого з прав людини не належить розгляд справи по суті; отже, звернення до нього не може бути визнаним засобом захисту прав людини у розумінні Конвенції.

Відповідно до положень ст. 124 Конституції України, юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі, тобто основоположним елементом системи захисту прав людини в Україні є судова система.

Судочинство в Україні здійснюється Конституційний Судом України та судами загальної юрисдикції. Але роль Конституційного Суду України у захисті прав людини все ще залишається нез'ясованою до кінця. Відповідно до положень ст. 43 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 16 жовтня 1996 р., громадяни мають право безпосередньо звертатися до Конституційного Суду України з питань тлумачення норм Конституції і законів України. Конституційний Суд не розглядає справи по суті і результатом розгляду звернення не може бути компенсація шкоди конкретному громадянинові.

У зв'язку з наведеним вище, цікавим є роз'яснення Європейського суду у справі *Сільвер та інші проти Сполученого Королівства* (1983). Суд зазначив: «Коли особа, наводячи аргументи, звертається із заявою про порушення гарантованих Конвенцією прав і свобод, вона повинна мати засоби правового захисту у відповідному національному органі як для того, щоб її питання було вирішене, так і з метою одержання, в разі необхідності, компенсації».

Отже, Конституційний Суд України теж не може розглядатись як засіб захисту прав людини в розумінні Конвенції.

Чинна система загальних судів далеко не досконала і не всі стадії процесу можуть бути визнані стадіями захисту прав людини. У більшості випадків працює двоступенева, а в окремих випадках навіть одноступенева система судового захисту прав людини. Перед поданням скарги до Європейського суду особа повинна

звернутися за захистом своїх прав до національних судів усіх рівнів, аж до найвищих органів, до повноважень яких належить розгляд такого виду справ. Тут слід зазначити, що особа повинна використати лише загальнодоступні засоби. Загальнодоступність полягає у можливості кожної заінтересованої особи у разі зазіхання на її права особисто звернутися до відповідного органу з заявою про відновлення, захист, охорону чи запобігання порушенню цих прав. Така заява повинна бути безпосередньою підставою для відкриття провадження у справі, а не відкриття справи у винятковому (надзвичайному) порядку. З цього приводу Європейський суд, у справі Де *Беккер проти Бельгії*, зазначив, що засіб не може бути визнано як такий, що необхідно вичерпати, відповідно до принципів міжнародного права, якщо він спрямований на здобуття прихильності, а не на відстоювання права. В іншій справі (№ 299/57) вказано, що засоби, які є виявом милості, прихильності *(grace)*, не є серед тих, які повинні бути вичерпані відповідно до вимог Конвенції залежно від галузі відносин, з приводу яких виник спір на стадії процесу, існують різні можливості для судового захисту прав та свобод людини.

Першим прецедентом щодо України стала ухвала Суду з прав людини від 4 травня 1999 р. у справі № 41974/98 *Кучеренко проти України*. У ній Суд дав роз'яснення щодо вичерпання національних засобів захисту, зокрема, щодо звернення зі скаргою у порядку нагляду як одного з елементів. Суд зазначив, що оскільки заявник не має права самостійно вимагати перегляду рішення (згідно з чинним законодавством це може зробити лише прокурор, голова суду, який виніс рішення, чи їх заступники), то перегляд справи у порядку нагляду, передбачений національним законодавством України, є «надзвичайним», таким, що не передбачений п. 1 ст. 35, засобом. Отже, він не може бути взятий до уваги при визначенні того, чи має Суд юрисдикцію розглядати заяву, з огляду на несумісність цієї заяви з положеннями Конвенції. Перегляд рішення суду у порядку нагляду теж не Е засобом захисту прав людини у розумінні Конвенції. Тобто практично всі згадані вище засоби захисту прав людини, що існують на сьогодні в Україні, не відповідають європейським стандартам.

3.21. Виконання рішень Європейського суду з прав людини.

Якщо Суд визнає, що було допущено порушення Конвенції, і якщо націоільне законодавство відповідної держави передбачає можливість лише часткової компенсації, Суд може надати потерпілій стороні справедливу сатисфакцію (ст. 50 Конвенції). Як правило, така сатисфакція означає відшкодування витрат, пов'язаних із судовими провадженнями, і, в разі необхідності, компенсацію еріальних збитків та (або) моральної шкоди.

Згідно зі ст. 53 Конвенції, Договірні держави зобов'язуються виконувати рішення Суду. До цього часу держави, яким Суд висував вимогу сплати компенсації відповідно до ст. 50, належним чином виконували її. Починаючи з жовтня 1991 р. у резолютивну частину свого рішення Суд включає положення, яке вимагає сплатити заявникові компенсацію протягом трьох місяців від дня винесення рішення, а починаючи з січня 1996 р. Суд при цьому постановляє також про нарахування і виплату з конкретної суми компенсації процентів у разі недотримання строку виконання цієї вимоги.

Визнання Судом факту порушення Конвенції у багатьох випадках спонукає звідну державу-відповідача, а іноді навіть інші Договірні держави вжити загальних заходів для виконання ухваленого Судом рішення, а вищі національні суди — привести у відповідність із цим рішенням свою судову практику. Іноді

саме передання справи на розгляд до Суду заохочувало або пришвидшувало внесення поправок до актів законодавства та нормативних актів чи спонукало до зміни судової практики. Рішення Суду також примушували державу-відповідача вжити конкретних заходів щодо відповідної особи або осіб. Наведемо декілька прикладів.

1. Справа *Рінгайсен проти Австрії (Ringeisen* v. *Austria),* рішення від 16 липня 1971 р. (серія А, № 13) Це рішення Суду спонукало Конституційний суд Австрії переглянути свою попередню практику тлумачення слів «цивільні права та обов'язки» (п. 1 ст. 6 Конвенції).

2. Справа *Голдер проти Сполученого Королівства (Golder* v. *the United Kingdom),* рішення від 21 лютого 1975 р. (серія А, № 18), внаслідок якої було внесено поправки до в'язничних правил, чинних в Англії та Уельсі з 1964 р. Тепер, за новими правилами, в'язень завжди може отримати дозвіл на вчинення цивільного позову або на звернення до соліситора за порадою щодо вчинення такого позову. Якщо в'язень має намір вчинити позов проти особи, яка обіймає посаду міністра, то такий дозвіл надається йому лише після обговорення його скарги у межах відомства. Було видано інструкції щодо запровадження нових правил у пенітенціарних установах Шотландії та Північної Ірландії (Резолюція (76) 35 від 22 червня 1976 р.).

3. Справа *Ірландія проти Сполученого Королівства (Ireland* v. *the United Kingdom),* рішення від 18 січня 1978 р. (серія А, № 25). У березні 1972 р. прем'єр-міністр урочисто зобов'язався покласти край застосуванню п'яти методів допиту, які згодом були визнані такими, що суперечать ст. 3 Конвенції. Крім того, було вжито заходів щодо забезпечення належного поводження із в'язнями (організація медичного огляду в'язнів, дотримання суворої процедури розслідувань за їхніми скаргами, чітке керівництво персоналом, який забезпечує пенітенціарний режим).

Чотирнадцять осіб, які були залучені до справи, вчинили цивільні позови про відшкодування збитків у Високому суді Північної Ірландії, і суд присудив виплатити їм компенсацію у розмірі від 10 000 до 25 000 фунтів стерлінгів (Резолюція (78) 35 від 27 червня 1978 р.).

4. Справа *Тайєр проти Сполученого Королівства (Tyrer* v. *the United Kingdom),* рішення від 25 квітня 1978 р. (серія А, № 26). 13 червня .1978 р. рішення було повідомлено губернаторові острова Мен. Згодом головний суддя острова поінформував суддів і суди, що надалі призначене судом тілесне покарання розглядатиметься як порушення Конвенції (Резолюція (78) 39 від 13 жовтня 1978 р.).

5. Справа *Ейрі проти Ірландії(Airey* v. *Ireland),* рішення від 9 жовтня 1979 р. (серія А, № 32). В Ірландії запроваджено програму правової допомоги щодо цивільних справ і надання консультацій незаможним під керівництвом Ради з правової допомоги, яка є незалежним органом. Перші юридичні центри в рамках цієї програми було відкрито 15 серпня 1980 р. (Резолюція DH (81) 8 від 22 травня 1980 р.).

6. Справа *Ле Конт, Ван Льовен і Де Мейєр проти Бельгії* (Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium), рішення від 23 червня 1981 р. (серія А, № 43). 14 квітня 1983 р. Касаційний суд запровадив підхід, опрацьований у практиці Європейського суду (застосування п. 1 ст. 6 Конвенції до певних видів дисциплінарного провадження). Тепер, згідно із законом від 13 березня 1985 р., в окремих випадках дисциплінарні провадження апеляційних рад мають бути відкритими (Резолюція DH (85) 13 від 28 червня 1985 р.).

У Франції декрет від 27 листопада 1991 р., який регулює питання адвокатської діяльності, передбачає проведення дисциплінарного провадження в Раді Національного об'єднання адвокатів *(Ordre des avocats)* у відкритому режимі, як-

що на цьому наполягає причетний до цього адвокат. Французький касаційний суд привів свою судову практику стосовно дисциплінарного провадження у відповідність із практикою Європейського суду з прав людини.

7. Справа *Янг, Джеймс і Вебстер проти Сполученого Королівства (Young, James and Webster v. the United Kingdom),* рішення від ІЗ серпня 1981 р. (серія А, № 44). Закон про працевлаштування 1980 р. (1980 с 42) було замінено Законом про пра цевлаштування 1982 р. (1982 с 46). Згідно з останнім, звільнення робітника внаслідок укладення договору з обмеженнями при прийнятті на роботу має роз глядатися як несправедливе і надає право такому працівникові на засіб судового захисту (Резолюція DH (83) 3 від 23 березня 1983 р.).

8. Справа *Даджен проти Сполученого Королівства (Dudgeon v. the United Kingdom),* рішення від 22 жовтня 1981 р. (серія А, № 45). Указом щодо правопору шень на гомосексуальному ґрунті (Північна Ірландія) 1982 р., який набув чин ності 9 грудня 1982 р., виключено з категорії кримінальних гомосексуальні акти, здійсненні у приватному порядку між особами чоловічої статі віком 21 рік і стар ше за взаємною згодою, за винятком певних випадків, які стосуються психічно хворих, військовослужбовців і матросів торговельного флоту (Резолюція DH (83) 13 від 27 жовтня 1983 р.).

9. Справа *Мак-Гофф проти Швеції (McGoffv. Sweden),* рішення від 26 жовтня 1984 р. (серія А, № 83-В). Комісія, створена у 1983 р. для перегляду Кодексу судо вої процедури, запропонувала внесення поправок до кодексу відповідно до рішення, постановленого Судом. Крім того, вона поінформувала поліцію, обви нувачів і суди про зміст цього судового рішення (Резолюція DH (85) 10 від 31 травня 1985 р.). 17 грудня 1987 р. до Кодексу судової процедури було внесено поправки, з набуттям чинності яких 12 квітня 1988 р. тривалість тримання під вартою у поліції не може перевищувати 4 днів.

10. Справа *Де Кюббер проти Бельгії (De Cubber* v. *Belgium),* рішення від 26 жовтня 1984 р. (серія А, № 86). Постановляючи 23 січня 1985 р. рішення у справі *Ломрі і Маршала (Lomry and Marchal, Pasicrisie Beige, 1985, I, № 302),* Касаційний суд виходив із судової практики Суду (Резолюція DH (88) 20 від 9 грудня 1988 р.). Міністр юстиції доручив генеральному прокуророві Касаційного суду звернутися із клопотанням про скасування рішення Велико-го апеляційного суду від 4 лютого 1980 р., яким було засуджено заявника. 27 січня 1987 р. Касаційний суд оголосив це клопотання неприйнятним (рішен-ня від 14 вересня 1987 року, щодо застосування ст. 50, серія А, № 124-В, с 14-15, п. 5, 7).

11. Справа *F. проти Швейцарії, рішення від 18 грудня 1987р.* (серія А, № 128). 20 січня 1988 р. міністр юстиції звернувся з проханням до комісії з перегляду швейцарського Закону про розлучення розглянути законодавчі наслідки, що вип-ливають із цього рішення Суду. У листі від 2 лютого 1988 р. голова комісії відповів про намір запропонувати урядові скасувати ст. 150 Цивільного кодексу Швейцарії з огляду на очікувані в 1998 р. зміни у швейцарському законодавстві про розлучен-ня (Тимчасова резолюція DH (89) 9 від 2 березня 1989 р.). У1992 р. проект експерт-ної комісії обговорювався в рамках консультацій між представниками кантонів, політичних партій та інших заінтересованих сторін. Після цього рішення Суду ст. 150 Цивільного кодексу фактично не застосовувалася (Резолюція DH (94) 77 від 19 жовтня 1994 р.).

12. Справи *Функе (Funke), Кремьйо (Сгетіеих)* та *Міейля (№ 1) (Miailhe (no. 1)) проти Франції,* рішення від 25 лютого 1993 р. (серія А, № 256-А, В і С). Бюджет-ними законами від 30 грудня 1986 р. та від 29 грудня 1989 р. було змінено ст. 64

Митного кодексу країни. Будь-який обшук житла, інакше як у разі явного правопорушення *(in flagrante delicto),* має бути санкціонований заздалегідь на підставі обґрунтованого розпорядження голови судового органу великої інстанції *(Tribunal de grande instance)* або судді, якого цей голова призначив (Резолюції DH (93) 53 від 9 листопада 1993 p., DH (94) 51 та 83 від 21 вересня та 16 листопада 1994 p.). У січні 1990 р. до правил валютного контролю було внесено поправки, які дають змогу особам, які проживають у Франції, мати активи за кордоном і звільняють їх від обов'язку повертати до Франції будь-які доходи, отримані за кордоном. Крім того, було змінено норми службової діяльності митних органів та практику Конституційної ради з метою забезпечення певних важливих гарантій захисту конфіденційності документів, що передаються посадовим особам митної служби (Резолюція DH (94) 83 від 16 листопада 1994 p.).

13. Справа *Гольм проти Швеції (Holm* v. *Sweden),* рішення від 25 листопада 1993 р. (серія А, № 279-А). Стислий переклад рішення Суду шведською мовою було опубліковано в *Svenska Juristtidning.* У законопроекті, який стосувався конституційного забезпечення свободи вираження поглядів (1997/98:43, с 132-135), поданому на розгляд до парламенту в грудні 1997 p., уряд зазначив, що після інкорпорації Конвенції у шведський правовий порядок, загальні правила дискваліфікації суддів, викладені в Кодексі судочинства, мають також застосовуватися до присяжних (Резолюція DH (98) 205 від 10 липня 1998 p.).

14. Справа *Фредін проти Швеції (№ 2) (Fredin v. Sweden),* рішення від 23 лютого 1994 р. (серія А, № 283-А). Після інкорпорації Конвенції у швейцарське законодавство 1 січня 1995 p., Верховний адміністративний суд змінив свою практику стосовно порядку проведення слухань, привівши її у відповідність до практики Європейського суду У квітні 1995 р. було внесено поправки до Закону 1988 р. про судовий перегляд деяких адміністративних рішень. Згідно з цими поправками, Верховний адміністративний суд повинен розглядати лише ті рішення, які приймалися урядом, тим часом як рішення інших органів мають розглядатися адміністративними апеляційними судами (Резолюція DH (95) 94 від 7 червня 1995 p.).

Важливою подією для України стало прийняття Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. Цей Закон регулює відносини, що виникають у зв'язку з обов'язком держави виконати рішення Європейського суду з прав людини у справах проти України; з необхідністю усунення причин порушення Україною Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і протоколів до неї; з впровадженням в українське судочинство та адміністративну практику європейських стандартів прав людини; зі створенням передумов для зменшення кількості заяв до Європейського суду з прав людини проти України.

Рішення є обов'язковим для виконання Україною відповідно до ст. 46 Конвенції. Порядок виконання Рішення визначається вищезазначеним Законом, Законом України «Про виконавче провадження», іншими нормативно-правовими актами з урахуванням особливостей, що передбачені цим Законом. Виконання Рішення здійснюється за рахунок Державного бюджету України.

Протягом трьох днів від дня одержання повідомлення про набуття Рішенням статусу остаточного орган представництва готує та надсилає для опублікування в газетах «Урядовий кур'єр» і «Голос України» стислий виклад Рішення українською мовою (далі — стислий виклад Рішення), який має включати:

1) офіційну назву Рішення мовою оригіналу та в перекладі українською мовою;

2) номер заяви до Суду;

3) дату постановлення Рішення;
4) стислий виклад фактів у справі;
5) стислий виклад питань права;
6) переклад резолютивної частини Рішення.

Стислий виклад Рішення протягом семи днів від дня його одержання.

Протягом трьох днів Орган представництва надсилає стислий виклад Рішення Стягувачеві, Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини, всім державним Органам, посадовим особам та іншим суб'єктам, прямо причетним до справи, за якою постановлено Рішення, разом із копією оригінального тексту.

З метою виконання заходів загального характеру держава забезпечує переклад та опублікування повних текстів Рішень українською мовою спеціалізованим у питаннях практики Суду юридичним виданням, що має поширення у професійному середовищі правників.

Автентичність перекладу повних текстів Рішень засвідчується Органом представництва.

Визначення видання, яке здійснюватиме переклад та опублікування повних текстів Рішень, а також замовлення необхідної кількості примірників видання з метою забезпечення судів, органів прокуратури, юстиції, внутрішніх справ, служби безпеки, установ виконання покарань, інших заінтересованих суб'єктів провадяться на конкурсній основі Органом представництва.

Забезпечення суддів опублікованим перекладом повних текстів рішень покладається на державний орган, відповідальний за організаційно-матеріальне забезпечення судів.

Протягом трьох днів від дня отримання повідомлення Суду про набуття рішенням статусу остаточного Орган представництва:

1) надсилає Стягувачеві повідомлення з роз'ясненням його права подати до державної виконавчої служби заяву про виплату відшкодування, в якій мають бути зазначені реквізити банківського рахунка для перерахування коштів;

2) надсилає до державної виконавчої служби оригінальний текст і переклад резолютивної частини Рішення. Автентичність перекладу засвідчується Органом представництва.

Державна виконавча служба упродовж трьох днів з дня надходження документів відкриває виконавче провадження.

Неподання Стягувачем заяви про виплату відшкодування не є перешкодою для виконання Рішення.

Виплата Стягувачеві відшкодування має бути здійснена у тримісячний строк з моменту набуття Рішенням статусу остаточного. У разі порушення строку на суму відшкодування нараховується пеня відповідно до Рішення.

Протягом одного місяця від дня відкриття виконавчого провадження за Рішенням державна виконавча служба надсилає до Державного казначейства України постанову про відкриття виконавчого провадження. Державне казначейство України протягом 10 днів від дня надходження зазначених документів здійснює списання на вказаний Стягувачем банківський рахунок, а в разі його відсутності — на депозитний рахунок державної виконавчої служби коштів із відповідної бюджетної програми Державного бюджету України. Порядок збереження коштів на депозитному рахунку державної виконавчої служби визначається Законом України «Про виконавче провадження».

Підтвердження списання, отримане від Державного казначейства України, є для державної виконавчої служби підставою для закінчення виконавчого провадження. Державна виконавча служба протягом трьох днів надсилає Органу

представництва постанову про закінчення виконавчого провадження та підтвердження списання коштів.

Якщо встановити місцеперебування (місцезнаходження) Стягувача — фізичної особи неможливо, а також у разі смерті Стягувача — фізичної особи чи реорганізації або ліквідації Стягувача — юридичної особи сума відшкодування перераховується на депозитний рахунок державної виконавчої служби.

Сума відшкодування, яка знаходиться на депозитному рахунку державної виконавчої служби, перераховується:

1) на рахунок Стягувача після подання ним відповідної заяви;

2) на рахунки спадкоємців Стягувача — фізичної особи після подання ними належним чином оформлених документів, які надають їм право на отримання спадщини;

3) на рахунок правонаступника реорганізованого Стягувача — юридичної особи після подання ним належним чином оформлених документів, які підтверджують його правонаступництво;

4) на рахунки засновників (учасників, акціонерів) ліквідованого Стягувача — юридичної особи після подання ними рішень суду, які підтверджують їхній статус засновників (учасників, акціонерів) ліквідованого Стягувача — юридичної особи на момент ліквідації та визначають частку відшкодування, що належить до виплати кожному із засновників (учасників, акціонерів).

Інформацію про наявність на депозитному рахунку державної виконавчої служби суми відшкодування державна виконавча служба надсилає Органу представництва.

Позивачем у справах про відшкодування збитків, завданих Державному бюджету України внаслідок виплати відшкодування, виступає Орган представництва.

З метою забезпечення відновлення порушених прав Стягувача, крім виплати відшкодування, вживаються додаткові заходи індивідуального характеру. Додатковими заходами індивідуального характеру є:

1) відновлення настільки, наскільки це можливо, попереднього юридичного стану, який Стягувач мав до порушення Конвенції *(restitutio in integrum);*

2) заходи, передбачені в рішенні Суду про дружнє врегулювання.

Відновлення попереднього юридичного стану Стягувача здійснюється, зокрема, шляхом:

1) повторного розгляду справи судом, включаючи відновлення провадження у справі;

2) повторного розгляду справи адміністративним органом.

Протягом трьох днів від дня одержання повідомлення про набуття Рішенням статусу остаточного Орган представництва:

1) надсилає Стягувачеві повідомлення з роз'ясненням його права порушити провадження про перегляд справи та (або) про його право на відновлення провадження відповідно до чинного законодавства;

2) повідомляє органи, які є відповідальними за виконання передбачених у рішенні Суду про дружнє врегулювання додаткових заходів індивідуального характеру, про зміст, порядок і строки виконання цих заходів. До повідомлення додається переклад рішення Суду про дружнє врегулювання, автентичність якого засвідчується Органом представництва.

Контроль за виконанням додаткових заходів індивідуального характеру, передбачених у рішенні Суду про дружнє врегулювання, покладається на Орган представництва.

Орган представництва в рамках здійснення передбаченого контролю має право отримувати від органів, які є відповідальними за виконання додаткових

заходів індивідуального характеру, передбачених у рішенні Суду про дружнє врегулювання, інформацію про хід і наслідки виконання таких заходів, а також вносити Прем'єр-міністрові України подання щодо забезпечення виконання додаткових заходів індивідуального характеру.

Органи, відповідальні за виконання додаткових заходів індивідуального характеру, зобов'язані:

1) невідкладно та у визначений Рішенням та (або) чинним законодавством строк виконати додаткові заходи індивідуального характеру;

2) надавати інформацію на запити Органу представництва про перебіг і наслідки виконання додаткових заходів індивідуального характеру;

3) дієво та без зволікань реагувати на подання Органу представництва;

4) про виконання додаткових заходів індивідуального характеру повідомити орган представництва.

Заходи загального характеру вживаються з метою забезпечення додержання державою положень Конвенції, порушення яких встановлене Рішенням, забезпечення усунення недоліків системного характеру, які лежать в основі виявленого Судом порушення, а також усунення підстави для надходження до Суду заяв проти України, спричинених проблемою, що вже була предметом розгляду в Суді.

Заходами загального характеру є заходи, спрямовані на усунення зазначеної в Рішенні системної проблеми та її першопричини, зокрема:

1) внесення змін до чинного законодавства та практики його застосування;

2) внесення змін до адміністративної практики;

3) забезпечення юридичної експертизи законопроектів;

4) забезпечення професійної підготовки з питань вивчення Конвенції та практики Суду прокурорів, адвокатів, працівників правоохоронних органів, працівників імміграційних служб, інших категорій працівників, професійна діяльність яких пов'язана із правозастосуванням, а також із триманням людей в умовах позбавлення свободи;

5) інші заходи, що визначаються — за умови нагляду з боку Комітету міністрів Ради Європи — державою-відповідачем відповідно до Рішення з метою забезпечення усунення недоліків системного характеру, припинення спричинених цими недоліками порушень Конвенції та забезпечення максимального відшкодування наслідків цих порушень.

Упродовж одного місяця з дня одержання повідомлення про набуття Рішенням статусу остаточного Орган представництва готує та надсилає до Кабінету Міністрів України подання щодо вжиття заходів загального характеру (далі — подання).

Подання включає пропозиції щодо вирішення зазначеної в Рішенні системної проблеми та усунення її першопричини, зокрема:

1) аналіз обставин, що призвели до порушення Конвенції;

2) пропозиції щодо внесення змін до чинного законодавства;

3) пропозиції щодо внесення змін до адміністративної практики;

4) пропозиції для врахування під час підготовки законопроектів;

5) пропозиції щодо забезпечення професійної підготовки з питань вивчення Конвенції та практики Європейського суду з прав людини для суддів, прокурорів, адвокатів, працівників правоохоронних органів, імміграційних служб, інших категорій працівників, професійна діяльність яких пов'язана із правозастосуванням, а також з триманням людей в умовах позбавлення свободи;

6) пропозиції щодо здійснення інших заходів загального характеру, спрямованих на усунення недоліків системного характеру, припинення спричиненого

цими недоліками порушення Конвенції та забезпечення максимального відшкодування наслідків цих порушень;

7) перелік центральних органів виконавчої влади, які є відповідальними за вжиття кожного з пропонованих у поданні заходів.

Одночасно з поданням Орган представництва готує аналітичний огляд для Верховного Суду України, який включає:

1) аналіз обставин, що спричинили порушення Конвенції;

2) пропозиції щодо приведення судової практики у відповідність з вимогами Конвенції.

Одночасно з поданням Орган представництва готує та надсилає до Апарату Верховної Ради України пропозиції для врахування під час підготовки законопроектів.

Суди застосовують під час розгляду справ Конвенцію та практику Суду як джерело права. Для цілей посилання на текст Конвенції суди використовують офіційний переклад Конвенції українською мовою (далі — переклад). У разі відсутності перекладу Рішення та ухвали Суду чи ухвали Комісії суд користується оригінальним текстом. У разі виявлення мовної розбіжності між перекладом та оригінальним текстом суд користується оригінальним текстом. У разі потреби мовного тлумачення оригінального тексту використовується відповідна практика Суду.

Орган представництва здійснює юридичну експертизу всіх законопроектів, а також підзаконних нормативних актів, на які поширюється вимога державної реєстрації, на відповідність Конвенції, за результатами цього готує спеціальний висновок. Нездійснення такої перевірки або наявність висновку про невідповідність подзаконного акта вимогам Конвенції є підставою для відмови в державній реєстрації відповідного підзаконного акта.

Орган представництва забезпечує постійну та з розумною періодичністю перевірку чинних законів і підзаконних актів на відповідність Конвенції та практиці Суду, передусім у сферах, що стосуються діяльності правоохоронних органів, кримінального провадження, позбавлення свободи. За результатами перевірки Орган представництва подає до Кабінету Міністрів України пропозиції щодо внесення змін до чинних законів та підзаконних актів із метою приведення їх у відповідність до вимог Конвенції та відповідної практики Суду.

Міністерства та відомства забезпечують систематичний контроль за додержанням у рамках відомчого підпорядкування адміністративної практики, що відповідає Конвенції та практиці Суду.

4 Конституційне законодавство

4.1. Конституція України щодо питань діяльності адвокатури. Механізми реалізації цих конституційних положень.

Конституція України є Основним Законом держави. Відповідно до ст. 8 Конституції України, цей нормативно-правовий акт має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй.

Стаття 59 Конституції України гарантує кожному право на правову допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав. Для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура.

Положення цієї статті Основного Закону нашої держави отримали офіційне тлумачення згідно з Рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень ст. 59 Конституції України, ст. 44 КПК України, статей 268, 271 КлАП (справа про право вільного вибору захисника) від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000 (справа № 1-17/2000).

Приводом для розгляду справи згідно зі статтями 42, 43 Закону України «Про Конституційний Суд України» стало конституційне звернення громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень ст. 59 Конституції України, ст. 44 КПК України, статей 268, 271 КпАП.

Підставою для розгляду справи відповідно до ст. 94 Закону України «Про Конституційний Суд України» стала наявність неоднозначного застосування положень ст. 59 Конституції України, ст. 44 КПК України щодо права вільного вибору захисника під час розгляду кримінальних справ.

Необхідність офіційного тлумачення наведених правових норм Г. І. Солдатов обґрунтовував тим, що під час попереднього розслідування кримінальної справи слідчий, прокурор та суд загальної юрисдикції відмовили йому в задоволенні клопотання про допуск як захисника працівника приватної юридичної фірми, з якою він уклав угоду-доручення на представництво його інтересів у кримінальній справі. Зазначені посадові особи та суд посилались на відсутність у працівника

цієї юридичної фірми свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю. Така відмова, як стверджував громадянин Г. І. Солдатов, призвела до порушення його конституційного права на вільний вибір захисника своїх прав.

Додані до конституційного звернення документи свідчили, що стосовно Г. І. Солдатова було порушено кримінальну справу, в якій його було визнано підозрюваним у вчиненні злочину У зв'язку з цим він заявив клопотання про допуск захисником його прав працівника приватної юридичної фірми, яка має право на здійснення представництва громадян за їхнім дорученням у кримінальних справах. Слідчим податкової міліції було відмовлено у задоволенні клопотання з тих мотивів, що працівник цієї фірми не мав свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю.

Дії слідчого Г. І. Солдатов оскаржив прокурору м. Маріуполя Донецької області. Скаргу було відхилено з посиланням на те, що слідчим прийнято рішення відповідно до вимог ст. 44 КПК України. Г. І. Солдатов звернувся до Жовтневого районного суду м. Маріуполя зі скаргою на дії слідчого та прокурора щодо відхилення його клопотання. Суд визнав дії зазначених посадових осіб неправомірними і зобов'язав слідчого допустити працівника приватної юридичної фірми захисником Г. І. Солдатова у кримінальній справі.

Судова колегія Донецького обласного суду за касаційним поданням прокурора м. Маріуполя скасувала рішення районного суду і припинила провадження у справі, мотивуючи тим, що відповідно до ч. 2 ст. 59 Конституції України для забезпечення права на захист від обвинувачення в Україні діє адвокатура, а згідно з положенням ч. 1 ст. 44 КПК України захисником підозрюваного, обвинуваченого і підсудного допускаються особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю.

Відповідно до роз'яснень, що містяться у п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування законодавства, яке забезпечує підозрюваному, обвинуваченому, підсудному право на захист» від 7 липня 1995 р. № 10 (з наступними змінами), як захисники підозрюваних, обвинувачених і підсудних допускаються лише особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, що видається їм згідно з вимогами ст. 2 Закону України «Про адвокатуру». Не можуть допускатися до участі у справі як захисники особи, які мають інші документи (ліцензії) на здійснення юридичної практики чи підприємницької діяльності тощо.

Таким чином, матеріали справи свідчили про наявність неоднозначного застосування положень ст. 59 Конституції України щодо гарантії підозрюваному, обвинуваченому і підсудному права на вільний вибір захисника.

Під час розгляду цієї справи Конституційний Суд України навів таке юридичне обґрунтування.

Відповідно до положень ч. 2 ст. З Конституції України права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Конституція України гарантує права та свободи людини та громадянина (ч. 2 ст. 22), які не можуть бути обмежені за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними та іншими ознаками (ч. 2 ст. 24). Права і свободи є основним елементом правового статусу людини і громадянина. Діставши закріплення в Конституції України, права і свободи визначають міру можливої поведінки людини і громадянина, відображають певні межі цих прав і свобод, можливість користуватися благами для задоволення своїх інтересів.

З метою забезпечення реалізації закріплених прав і свобод людини і громадянина Конституція України встановлює відповідні правові гарантії. Зокрема, у ч. 1 ст. 59 Конституції України закріплено право кожного на правову допомогу. Право на правову допомогу — це гарантована Конституцією України можливість фізичної особи одержати юридичні (правові) послуги.

Держава в особі відповідних органів визначає певне коло суб'єктів надання правової допомоги та їх повноваження. Аналіз чинного законодавства України з цього питання дав підстави Конституційному Суду України на момент розгляду справи визначити, зокрема, такі види суб'єктів надання правової допомоги:

—державні органи України, до компетенції яких входить надання правової допомоги (Міністерство юстиції України, Міністерство праці та соціальної політики України, нотаріат тощо);

—адвокатура України як спеціально уповноважений недержавний професійний правозахисний інститут, однією з функцій якого є захист особи від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах (ч. 2 ст. 59 Конституції України);

— суб'єкти підприємницької діяльності, які надають правову допомогу клієнтам у порядку, визначеному законодавством України;

— об'єднання громадян для здійснення і захисту своїх прав і свобод (ч. 1 ст. 36
Конституції України).

Положення ч. 1 ст. 59 Конституції України гарантує кожному право на вільний вибір захисника своїх прав. Визначення поняття «захисник» у чинному законодавстві України відсутнє. У Конституції України це поняття вживається також у ч. 4 ст. 29, положення якої гарантують кожному заарештованому чи затриманому можливість користуватися правовою допомогою захисника.

Відповідно до ч. 1 ст. 44 КПК України, у редакції, яка була чинною на час розгляду справи Конституційним Судом України, як захисники підозрюваних, обвинувачених і підсудних допускаються особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю. За згодою підсудного допускаються близькі родичі, опікуни або піклувальники. Ця процесуальна норма визначала, що у досудовому провадженні кримінальної справи як захисники допускаються лише адвокати, а при судовому розгляді такої справи як захисники допускаються адвокати і за згодою підсудного — близькі родичі, опікуни або піклувальники.

Інше чинне процесуальне законодавство України на момент розгляду справи не містило терміна «захисник», а вживало поняття «представництво в суді». Представниками сторін і третіх осіб, крім представників за законом, могли бути також адвокати. Ці положення було закріплено у статтях 110, 111, 112 ЦПК України 1963 р., у ст. 28 Арбітражного процесуального кодексу України. Процесуальні положення Кодексу України про адміністративні правопорушення передбачали право фізичної особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, при розгляді справи користуватися юридичною допомогою адвоката (ст. 268).

Конституційний Суд України також посилався на те, що науково-теоретична та довідково-енциклопедична література не містить однозначного визначення терміна «захисник». За одним тлумаченням цей термін ототожнюється з терміном «адвокат», за іншим — терміну «захисник» надається більш широке значення.

У своєму рішенні єдиний орган конституційної юрисдикції підкреслив, що закріпивши право будь-якої фізичної особи на правову допомогу, конституційний припис «кожен є вільним у виборі захисника своїх прав» (ч. 1 ст. 59 Конституції України) за своїм змістом є загальним і стосується не лише підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного, а й інших фізичних осіб, яким гарантується право

вільного вибору захисника з метою захисту своїх прав та законних інтересів, що виникають з цивільних, трудових, сімейних, адміністративних та інших правовідносин, а не тільки з кримінальних. Право на захист, зокрема, може бути реалізоване фізичною особою у цивільному, арбітражному, адміністративному і кримінальному судочинстві.

Про загальність положень ч. 1 ст. 59 Конституції України свідчить положення ч. 2 ст. 63 Конституції України, яке окремо закріплює право підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного на захист.

Щодо права підозрюваного, обвинуваченого і підсудного на захист від обвинувачення в аспекті конституційного звернення громадянина Г. І. Солдатова, то Конституційний Суд України виходив з такого.

Конвенція про захист прав людини і основних свобод, ратифікована Верховною Радою України 17 липня 1997 р., передбачає право кожного обвинуваченого захищати себе особисто або використовувати правову допомогу захисника, вибраного ним на власний розсуд (ст. 6). У Міжнародному пакті про громадянські та політичні права від 16 грудня 1966 р., ратифікованому Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 19 жовтня 1973 р. № 2148-VIII, зазначено, що держава повинна гарантувати кожному, чиї права і свободи порушено, ефективний засіб правового захисту, і таке право повинно встановлюватися судовим або будь-яким іншим компетентним органом, передбаченим правовою системою держави (ст. 2), та можливість вільного вибору обвинуваченим захисника (п. 3 ст. 14). «Основні принципи, що стосуються ролі юристів», прийняті восьмим Конгресом ООН з питань попередження злочинності і поводження з правопорушниками 27 серпня — 7 вересня 1990 р., передбачають, що кожна людина має право звернутися до будь-якого юриста за допомогою для захисту і відстоювання своїх прав та захисту їх на всіх стадіях кримінального судочинства (принцип 1); жодний суд чи адміністративний орган, в якому визнається право на адвоката, не відмовляється визнавати права юриста відстоювати в суді інтереси свого клієнта, за винятком тих випадків, коли юристу було відмовлено у праві виконувати свої професійні обов'язки відповідно до національного права і практики та цих принципів (принцип 19).

Таким чином, наведені міжнародно-правові акти передбачають право кожного обвинуваченого захищати себе особисто або через вільно вибраного ним на власний розсуд захисника з-поміж юристів, які можуть надати ефективний правовий захист. Ці положення міжнародно-правових актів щодо права фізичної особи на захист від обвинувачення відтворені у положеннях ч. 1 ст. 59 Конституції України, які закріплюють право кожної фізичної особи на правову допомогу і право вільного вибору захисника з метою захисту від обвинувачення.

Положення ч. 2 ст. 59 Конституції України про те, що для забезпечення права на захист від обвинувачення в Україні діє адвокатура, не може тлумачитись як право підозрюваного, обвинуваченого і підсудного вибирати захисником лише адвоката, тобто особу, яка має свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю відповідно до Закону України «Про адвокатуру» від 19 грудня 1992 р. (ст. 2). Це положення треба розуміти як одну з конституційних гарантій, що надає підозрюваному, обвинуваченому і підсудному можливість реалізувати своє право вільно вибирати захисником у кримінальному судочинстві адвоката, тобто особу, яка має право на заняття адвокатською діяльністю. У такий спосіб держава бере на себе обов'язок забезпечити реальну можливість надання особам кваліфікованого захисту від обвинувачення, якщо цього вимагають інтереси правосуддя. Допуск приватнопрактикуючого юриста, який займається наданням правової

допомоги особисто або за дорученням юридичної особи як захисника ніяк не порушує право підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного на захист.

Отже, Конституційний Суд України дійшов висновку, що положення ч. 1 ст. 59 Конституції України про те, що кожен є вільним у виборі захисника своїх прав, в аспекті конституційного звернення громадянина Г. І. Солдатова треба розуміти як конституційне право підозрюваного, обвинуваченого і підсудного при захисті від обвинувачення, а також особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, з метою отримання правової допомоги вибрати захисником своїх прав особу, яка є фахівцем у галузі права і за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи.

Нагадаємо, що ч. 1 ст. 44 КПК України у чинній на момент розгляду справи редакції, зокрема, визначала: «Як захисники підозрюваних, обвинувачених і підсудних допускаються особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю». Положення ч. 1 ст. 268 КпАП України передбачало право особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, при розгляді справи користуватися юридичною допомогою адвоката. За своїм змістом положення цих правових норм передбачали можливість допуску лише адвокатів як захисників підозрюваного, обвинуваченого і підсудного або особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, тобто інші фахівці у галузі права захисниками не допускалися.

Конституційний Суд України дійшов висновку, що обмеження права підозрюваного, обвинуваченого і підсудного та особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, на вільний вибір захисниками інших юристів, які мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, суперечить положенням ч. 1 ст. 59 та ст. 64 Конституції України, за якими конституційні права та свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України. Зокрема, не можуть бути обмежені у будь-який спосіб права і свободи людини і громадянина, передбачені статтями 55, 59, 63 Конституції України.

Конституційний Суд України звернув увагу на те, що згідно з положеннями ч. 3 ст. 42 Конституції України держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності. Закріплення лише за адвокатами права на здійснення захисту підозрюваного, обвинуваченого і підсудного від обвинувачення та надання юридичної допомоги особам, які притягаються до адміністративної відповідальності, не сприяє конкуренції щодо надання кваліфікованої правової допомоги у цих сферах і підвищенню кваліфікації фахівців у галузі права.

Отже, Рішенням Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000 положення ч. 1 ст. 44 КПК України, за яким обмежувалося право на вільний вибір підозрюваним, обвинуваченим і підсудним як захисника, крім адвоката, іншого фахівця у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, та ч. 1 ст. 268 КпАП, за яким обмежувалося право на вільний вибір особою, яка притягається до адміністративної відповідальності, як захисника, крім адвоката, іншого фахівця в галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, були визнані такими, що не відповідають положенням ч. 1 ст. 59 Конституції України.

Виходячи з викладеного та керуючись статтями 147, 150, 152 Конституції України, статтями 50, 61, 63, 65, 95 Закону України «Про Конституційний Суд України», Конституційний Суд України вирішив:

1. Положення ч. 1 ст. 59 Конституції України про те, що «кожен є вільним у виборі захисника своїх прав», в аспекті конституційного звернення громадянина Г. І. Солдатова треба розуміти як конституційне право підозрюваного, обви-

нуваченого і підсудного при захисті від обвинувачення та особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, з метою отримання правової допомоги вибирати захисником своїх прав особу, яка є фахівцем у галузі права і за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи.

2. Положення ч. 2 ст. 59 Конституції України про те, що «для забезпечення права на захист від обвинувачення... в Україні діє адвокатура», треба розуміти як одну із конституційних гарантій, що надає підозрюваному, обвинуваченому і підсудному можливість реалізувати своє право вільно вибирати захисником у кримінальному судочинстві адвоката — особу, яка має право на заняття адвокатською діяльністю.

3. Положення ч. 1 ст. 44 КПК України, за яким обмежується право на вільний вибір підозрюваним, обвинуваченим і підсудним як захисника своїх прав, крім адвоката, іншого фахівця у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, а також положення ч. 1 ст. 268 КпАП, за яким обмежується право на вільний вибір особою, яка притягається до адміністративної відповідальності, як захисника своїх прав, крім адвоката, іншого фахівця у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, були визнані такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними). У зв'язку з цим вони втратили чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України цього Рішення.

Нова редакція цих законодавчих положень є такою. Частина 1 ст. 44 КПК України передбачає, що захисником є особа, яка в порядку, встановленому законом, уповноважена здійснювати захист прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого та надання їм необхідної юридичної допомоги при провадженні у кримінальній справі. Як захисники допускаються особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю в Україні та інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи. У випадках і в порядку, передбачених КПК України, як захисники допускаються близькі родичі обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, його опікуни або піклувальники.

Повноваження захисника на участь у справі стверджується:

1) адвоката — ордером відповідного адвокатського об'єднання;

2) адвоката, який не є членом адвокатського об'єднання — угодою, інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи або дорученням юридичної особи — угодою або дорученням юридичної особи;

3) близьких родичів, опікунів або піклувальників — заявою обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого про їх допуск до участі у справі як захисників.

Ця ж стаття КПК України передбачає, що захисник допускається до участі у справі в будь-якій стадії процесу. Близькі родичі обвинуваченого, його опікуни або піклувальники як захисники допускаються до участі у справі з моменту пред'явлення обвинуваченому для ознайомлення матеріалів досудового слідства. У випадках, коли відповідно до вимог Кодексу участь захисника є обов'язковою, близькі родичі обвинуваченого, його опікуни або піклувальники як захисники можуть брати участь у справі лише одночасно із захисником — адвокатом чи іншим фахівцем у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи.

Про допуск захисника до участі у справі особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор, суддя виносять постанову, а суд — ухвалу.

Стаття 271 КпАП тепер має назву «Захисник» викладена у такій редакції: У розгляді справи про адміністративне правопорушення можуть брати участь адвокат, інший фахівець у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи. Ці особи мають право знайомитися з матеріалами справи; заявляти клопотання; за дорученням особи, яка його запросила, від її імені подавати скарги на рішення органу (посадової особи), який розглядає справу, а також мають інші права, передбачені законами України.

4.2. Право громадян на працю. Правова допомога, яка може бути надана адвокатом з дотримання передбаченого Конституцією права на працю.

Право на працю гарантується низкою міжнародних договорів, звернення до яких дозволить розкрити його зміст. Відповідно до ст. 23 Загальної декларації прав людини, кожна людина має право на працю, на вільний вибір роботи, на справедливі та сприятливі умови праці та на захист від безробіття. Особливої уваги на міжнародному рівні набуло питання захисту від дискримінації у сфері трудових відносин. Так, ч. 2 ст. 23 Загальної декларації прав людини підкреслює, що кожна людина, без будь-якої дискримінації, має право на рівну оплату за рівну працю. Важливими положеннями, закріпленими ст. 23 Загальної декларації прав людини, також є положення, згідно з якими кожний, хто працює, має право на справедливу і задовільну винагороду, що забезпечує людині гідне існування для неї та її сім'ї і доповнюване, у разі необхідності, іншими засобами соціального забезпечення; кожна людина має право створювати професійні спілки з метою захисту своїх інтересів. Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права у ст. 7 закріплює положення, відповідно до якого держави, що беруть участь у Пакті, визнають право кожного на справедливі та сприятливі умови праці, включаючи, зокрема:

1) винагороду, що забезпечує, як мінімум, усім трудящим:
   а) справедливу зарплату та рівну винагороду за працю рівної цінності без жодної різниці; зокрема, жінкам повинні гарантуватися умови праці не гірше за ті, які мають чоловіки, з рівною оплатою за рівну працю;
   б) задовільне існування для них самих та їх сімей відповідно до положень Пакту;
2) умови роботи, що відповідають вимогам безпеки та гігієни;
3) однакову для всіх можливість просування на службі виключно на підставі трудового стажу і кваліфікації;
4) відпочинок, дозвілля та розумне обмеження робочого часу, оплачувану періодичну відпустку, так само як і винагороду за святкові дні.

Декларація МОП (Міжнародної організації праці) про основні принципи і права у сфері праці (затверджена Міжнародною конференцією праці на її 86-й сесії в Женеві, 18 червня 1998 р.) проголошує принцип недопущення дискримінації у сфері праці та зайнятості.

Відповідно до пункту 20 преамбули Європейської соціальної хартії (переглянута, Страсбург, 03.05.96), всі трудящі мають право на рівні можливості та рівне ставлення до них при вирішенні питань про працевлаштування та професію без дискримінації за ознакою статі. Усі особи з сімейними обов'язками, які працюють і хочуть працювати, мають право робити це без дискримінації і за можливістю так, щоб 'їх службові обов'язки не суперечили сімейним.

Згідно зі ст. 20 Європейської соціальної хартії, держави зобов'язуються визнати і вжити відповідних заходів з метою забезпечення реалізації права на рівні можливості та рівне ставлення при вирішенні питань про працевлаштування та професію без дискримінації за ознакою статі у таких сферах:

a) працевлаштування, захист від звільнення та професійна реадаптація;

b) професійна орієнтація, підготовка, перепідготовка та перекваліфікація;

c) умови працевлаштування та праці, включаючи оплату праці;

d) професійне зростання, включаючи просування по службі.

Спеціальна стаття Європейської соціальної хартії присвячена забороні дискримінації: «Реалізація прав, передбачених Хартією, забезпечується без будь-якої дискримінації за ознакою раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних або інших поглядів, національного або соціального походження, стану здоров'я, належності до національних меншин або за іншими ознаками». Водночас, відповідно до Хартії, нерівне ставлення, яке ґрунтується на об'єктивних і розумних засадах (підставах), не вважається дискримінаційним. Відповідно до Хартії, держави зобов'язані гарантувати право працюючих чоловіків і жінок на рівну винагороду за працю рівної цінності.

Згідно з Рекомендаціями МОП № 57 щодо професійного навчання трудящі обох статей повинні користуватися рівними правами на вступ до всіх технічних і професійних установ, а також на отримання однакових свідоцтв і дипломів після закінчення одних і тих самих курсів навчання.

Крім того, Україна є учасницею декількох спеціальних міжнародних договорів, що забороняють дискримінацію у сфері праці. Так, 22 жовтня 1999 р. Україна ратифікувала Конвенцію Міжнародної організації праці № 156 про рівне ставлення і рівні можливості для трудящих чоловіків і жінок: трудящі із сімейними обов'язками, прийнята 67-ю сесією Генеральної Конференції Міжнародної організації праці 23 червня 1981. Відповідно до неї з метою забезпечення справжньої рівності чоловіків і жінок одна з цілей національної політики кожного члена організації полягає в тому, щоб особи з сімейними обов'язками, які виконують або бажають виконувати оплачувану роботу, могли здійснювати своє право на працю, не відчуваючи дискримінації, і, наскільки це можливо, гармонійно поєднували професійні та сімейні обов'язки.

Частиною національного законодавства України також є Конвенція № 111 про дискримінацію у сфері праці та занять. Стаття 1 цієї Конвенції закріплює положення, відповідно до якого термін «дискримінація» включає:

a) будь-яку різницю, недопущення або перевагу, що проводиться за ознакою раси, кольору шкіри, статі, релігії, політичних переконань, іноземного походження або соціального походження, що призводить до знищення або порушення рівності можливостей або ставлення в галузі праці та занять;

b) будь-яку іншу різницю, недопущення або перевагу, що призводить до знищення або порушення рівності можливостей або ставлення у галузі праці та заняття, визначуване відповідним членом по консультації з представницькими організаціями підприємців і трудящих, де такі існують, та іншими відповідними органами.

Будь-яка різниця, недопущення або перевага щодо певної роботи, яка ґрунтується на специфічних вимогах, дискримінацією не вважається.

Стаття 2 Конвенції № 111 про дискримінацію у сфері праці та занять покладає на держави такі зобов'язання: визначити і проводити національну політику, спрямовану на заохочення рівності можливостей та ставлення до праці та зайнятості з метою викорінювання будь-якої дискримінації.

Конвенція № 117 про основні цілі та норми соціальної політики (дата ухвалення — 22 червня 1962 р., дата набуття чинності — 23 квітня 1964 р.) містить спеціальний розділ, положення якого спрямовані на заборону дискримінації за ознаками раси, кольору шкіри, статі, віросповідання, належності до племені або профспілкового членства (розділ V). Згідно зі ст. 14 цього розділу, метою політики відповідно до Конвенції про основні цілі та норми соціальної політики є скасування будь-якої дискримінації серед трудящих за ознаками раси, кольору шкіри, статі, віросповідання, належності до племені або профспілкового членства щодо: 1) трудового законодавства та угод, які надають рівні економічні умови тим, хто законно проживає і працює в цій країні; 2) допуску на державну або приватну службу; 3) умов найму та просування по службі; 4) можливостей для професійного навчання; 5) умов праці; 5) заходів з охорони здоров'я, охорони праці та забезпечення добробуту трудящих; 6) дисципліни; 7) участі в переговорах про укладання колективних договорів; 8) ставок заробітної плати, які визначаються відповідно до принципу рівної оплати за працю рівної цінності.

Метою здійснення політики у сфері зайнятості держав — учасниць Конвенції про політику у сфері зайнятості від 15 липня 1966 р. № 122, згідно зі ст. 1 є забезпечення свободи вибору зайнятості та найширших можливостей для кожного трудящого щодо одержання підготовки та використання своїх навичок і здібностей з метою виконання роботи, для якої він придатний, незалежно від раси, кольору шкіри, статі, релігії, політичних поглядів, іноземного або соціального походження.

Чимало із зазначених положень міжнародно-правових актів було враховано при підготовці Конвенції Співдружності Незалежних Держав про права та основні свободи людини 26 травня 1995, ст. 14 якої закріплює положення, відповідно до якого кожна людина має право на працю і захист від безробіття, а також на рівну винагороду за рівноцінну роботу, включаючи отримання пільг, на однакові умови щодо праці рівної цінності та на рівний підхід до оцінки якості роботи. Частина 2 цієї статті спрямована на захист прав жінок. Відповідно до цієї норми з метою забезпечення ефективної реалізації прав працюючих жінок Договірні Сторони зобов'язуються:

а) надавати оплачувану відпустку, достатню допомогу по соціальному забезпе ченню або допомогу із громадських фондів для жінок, які беруть відпустку до і після пологів тривалістю, передбаченою національним законодавством;

б) вважати незаконним, якщо підприємець повідомляє будь-якій жінці про звільнення під час її перебування у відпустці у зв'язку з вагітністю або повідомляє її про звільнення з роботи в такий час, коли термін повідомлення закінчується за її відсутності;

в) забезпечити для працюючих матерів, які годують своїх немовлят, вільний час, достатній для цієї мети;

г) регулювати прийом на роботу жінок для роботи у нічну зміну в промисловості;

д) регулювати прийом на роботу жінок на підземних гірничорудних роботах і відповідно на інших видах роботи, які не прийнятні для них через небезпеку, шкідливості для здоров'я або важкість.

Законодавство України у сфері праці та зайнятості утворює окрему галузь. її основою виступають положення, закріплені у ст. 43 Конституції України. Відповідно до них кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується. Згідно з Конституцією України використання примусової праці забороняється. Кожен має право на належні, безпечні і здорові умови праці, на заробітну плату,

не нижчу від визначеної законом. Конституція України гарантує захист від незаконного звільнення та право на своєчасне отримання винагороди за роботу. Держава створює умови для повного здійснення громадянами права на працю, гарантує рівні можливості у виборі професії та роду трудової діяльності, реалізовує програми професійно-технічного навчання, підготовки і перепідготовки кадрів відповідно до суспільних потреб. Конституція України встановлює заборону використання примусової праці. Не вважається примусовою працею військова або альтернативна (невійськова) служба, а також робота чи служба, яка виконується особою за вироком чи іншим рішенням суду або відповідно до законів про воєнний і про надзвичайний стан. Використання праці жінок і неповнолітніх на небезпечних для їхнього здоров'я роботах забороняється.

До трудових прав громадян, гарантованих Основним Законом нашої держави, можна віднести право тих, хто працює, на страйк для захисту своїх економічних і соціальних інтересів. Порядок здійснення права на страйк встановлюється законом з урахуванням необхідності забезпечення національної безпеки, охорони здоров'я, прав і свобод інших людей. Конституція передбачає, що ніхто не може бути примушений до участі або до неучасті у страйку. Заборона страйку можлива лише на підставі закону.

Ще одним трудовим правом, гарантованим на конституційному рівні, є право кожного, хто працює, на відпочинок. Це право забезпечується наданням днів щотижневого відпочинку, а також оплачуваної щорічної відпустки, встановленням скороченого робочого дня щодо окремих професій і виробництв, скороченої тривалості роботи у нічний час. Максимальна тривалість робочого часу, мінімальна тривалість відпочинку та оплачуваної щорічної відпустки, вихідні та святкові дні, а також інші умови здійснення цього права визначаються законом.

Слід також відзначити, що порушення трудових прав може потягти застосування до порушника кримінальних санкцій. Стаття 172 КК України встановлює кримінальну відповідальність за грубе порушення законодавства про працю. Незаконне звільнення працівника з роботи з особистих мотивів, а також інше грубе порушення законодавства про працю караються штрафом до 50 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, або виправними роботами на строк до двох років. Ті самі дії, вчинені щодо неповнолітнього, вагітної жінки чи матері, яка має дитину віком до 14 років або дитину-інваліда, — караються штрафом від 50 до 100 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років, або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців.

Стаття 173 КК України встановлює кримінальну відповідальність у вигляді штрафу до 50 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до п'яти років, або арешту на строк до шести місяців, або позбавлення волі на строк до двох років за грубе порушення угоди про працю службовою особою підприємства, установи, організації незалежно від форми власності, а також окремим громадянином чи уповноваженою ним особою шляхом обману або зловживання довірою або примушення до виконання роботи, не передбаченої угодою.

КК України також передбачена кримінальна відповідальність за примушення до участі в страйку або створення перешкод для участі в ньому, а також за безпідставну невиплату заробітної платні, стипендії, пенсії або інших установлених законом виплат.

Кримінальна відповідальність установлена також за порушення вимог законодавства про охорону праці у вигляді штрафу до 50 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або позбавленням волі на той самий термін.

Адвокат з метою сприяння реалізації права на працю може надати таку юридичну допомогу:

—надати консультацію та роз'яснення з юридичних питань, що стосуються права на працю;

—надати усні й письмові довідки щодо трудового законодавства України, у тому числі міжнародно-правових договорів, які гарантують право на працю і які були ратифіковані Україною;

—скласти заяву, скаргу та інші документи правового характеру з приводу порушення прав на працю;

—посвідчити копії документів у справах, які ведуть адвокати;

—здійснити представництво в суді, інших державних органах перед громадянами та юридичними особами;

— надавати юридичну допомогу з питань трудового законодавства під приємствам, установам, організаціям тощо.

4.3. Конституційні гарантії захисту честі, гідності та ділової репутації особи. Механізм правової допомоги, що може бути надана адвокатом із захисту цих прав.

Конституція України закріплює цілу систему гарантій захисту честі, гідності та ділової репутації. До першої групи таких гарантій необхідно віднести уповноважуючі норми. Так, ст. З Основного Закону визнає людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку найвищою соціальною цінністю. У цій статті вказано, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.

Стаття 21 Конституції проголошує, що усі люди є вільними і рівними у своїй гідності та правах. Права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними.

Ще однією важливою конституційною гарантією захисту честі, гідності та ділової репутації особи є визнання прав і свобод людини та громадянина, закріплених Конституцією, невичерпними. Конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані. При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод.

Яскравим прикладом конституційної гарантії захисту честі та гідності особи є конституційне положення, закріплене у ст. 23 Основного Закону України. Це положення, гарантуючи кожній людині право на вільний розвиток своєї особистості, одночасно вказує, що межею реалізації цього права є права і свободи інших людей, а також обов'язки перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості. Таким чином, створюється ще одна гарантія захисту честі та гідності особи, оскільки їх необхідною передумовою є вільний розвиток особистості.

Необхідною умовою забезпечення захисту честі та гідності особи є гарантування рівності конституційних прав і свобод громадян, визнання їх рівності перед законом (ст. 24 Конституції України). Не може бути привілеїв чи обмежень

за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками.

Усі перераховані вище конституційні гарантії мають загальний характер. Стаття 28 Конституції України закріплює спеціальну конституційну гарантію захисту честі та гідності особи. Згідно з вказаною статтею кожен має право на повагу *щ:* його гідності. Це, зокрема, передбачає, що ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню. Жодна людина без її вільної згоди не може бути піддана медичним, науковим чи іншим дослідам.

Повага до честі та гідності особи вимагає також реалізації права на свободу та особисту недоторканність. Ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та Б порядку, встановлених законом. У разі нагальної необхідності запобігти злочинові чи його перепинити уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом 72 годин має бути перевірена судом. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом 72 годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою. Кожному заарештованому чи затриманому має бути невідкладно повідомлено про мотиви арешту чи затримання, роз'яснено його права та надано можливість з моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правовою допомогою захисника. Кожний затриманий має право у будь-який час оскаржити в суді своє затримання. Про арешт або затримання людини має бути негайно повідомлено родичів заарештованого чи затриманого.

Важливою конституційною гарантією захисту честі та гідності особи є заборона втручання в особисте і сімейне життя особи, крім випадків, передбачених Конституцією України. Не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. Кожний громадянин має право знайомитися в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, установах і організаціях з відомостями про себе, які не є державною або іншою захищеною законом таємницею. Кожному гарантується судовий захист права спростовувати недостовірну інформацію про себе і членів своєї сім'ї та права вимагати вилучення будь-якої інформації, а також право на відшкодування матеріальної і морально: шкоди, завданої збиранням, зберіганням, використанням та поширенням такої недостовірної інформації.

Особливою групою гарантій захисту честі та гідності особи є гарантії, які передбачають необхідність обмеження у передбачених законодавством випадках прав людини з метою захисту честі та гідності, репутації особи. Так, наприклад ст. 34 Конституції України гарантує кожному право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань. Кожен має право вільно збират: зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або 5 інший спосіб — на свій вибір. У цій самій статті передбачено, що здійснення цих прав може бути обмежене законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенню чи злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя.

Таке саме обмеження передбачено щодо реалізації права власності, використання якого не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян.

Стаття 68 Конституції України формулює загальний обов'язок неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей.

Стаття 297 Цивільного кодексу України також гарантує право на повагу до гідності та честі. Згідно з цією статтею кожен має право на повагу до його гідності та честі. Гідність та честь фізичної особи є недоторканними. Фізична особа має право звернутися до суду з позовом про захист її гідності та честі. Стаття 299 Цивільного кодексу України закріплює право на недоторканність ділової репутації. Фізична особа має право на недоторканність своєї ділової репутації і може звернутися до суду з позовом про захист своєї ділової репутації.

4.4. Відшкодування матеріальної та моральної шкоди, заподіяної особі органами державної влади та місцевого самоврядування. Допомога адвоката у представництві громадян у цих справах.

Відшкодування матеріальної і моральної шкоди, заподіяної особі органами державної влади та місцевого самоврядування, є одним із проявів принципу відповідальності держави перед людиною за свою діяльність, який закріплено у ст. 3 Конституції України. У разі скасування вироку суду як неправосудного держава відшкодовує матеріальну і моральну шкоду, завдану безпідставним засудженням.

Якщо фізичній особі внаслідок порушення її особистого немайнового права завдано майнової та (або) моральної шкоди, ця шкода підлягає відшкодуванню.

Майнова шкода, завдана неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкода, завдана майну фізичної або юридичної особи, відшкодовується в повному обсязі особою, яка її завдала. Особа, яка завдала шкоди, звільняється від її відшкодування, якщо вона доведе, що шкоди завдано не з її вини. Шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи внаслідок непереборної сили, відшкодовується у випадках, встановлених законом. Шкода, завдана правомірними діями, відшкодовується у випадках, встановлених Цивільним кодексом України та іншим законом.

Моральна шкода, завдана фізичній або юридичній особі неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю, відшкодовується особою, яка її завдала, за наявності її вини. Моральна шкода відшкодовується незалежно від вини органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування, фізичної або юридичної особи, яка її завдала:

1) якщо шкоди завдано каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи внаслідок дії джерела підвищеної небезпеки;

2) якщо шкоди завдано фізичній особі внаслідок її незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування як запобіжного заходу тримання під вартою або підписки про невиїзд, незаконного затримання, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту або виправних робіт;

3) в інших випадках, встановлених законом.

Моральна шкода, завдана каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, може бути відшкодована одноразово або шляхом здійснення щомісячних платежів.

Моральна шкода, завдана смертю фізичної особи, відшкодовується її чоловікові (дружині), батькам (усиновлювачам), дітям (усиновленим), а також особам, які проживали з нею однією сім'єю.

Шкода, завдана фізичній особі внаслідок її незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування як запобіжного заходу тримання під вартою або підписки про невиїзд, незаконного затримання, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт, відшкодовується державою у повному обсязі незалежно від вини посадових і службових осіб органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду. Право на відшкодування шкоди, завданої фізичній особі незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури або суду, виникає у випадках, передбачених законом. Якщо кримінальну справу закрито на підставі закону про амністію або акта про помилування, право на відшкодування шкоди не виникає. Фізична особа, яка у процесі дізнання, попереднього (досудового) слідства або судового розгляду шляхом самообмови перешкоджала з'ясуванню істини і цим сприяла незаконному засудженню, незаконному притягненню до кримінальної відповідальності, незаконному застосуванню як запобіжного заходу тримання під вартою або підписки про невиїзд, незаконному затриманню, незаконному накладенню адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт, не має права на відшкодування шкоди. Шкода, завдана фізичній або юридичній особі внаслідок постановления судом незаконного рішення в цивільній справі, відшкодовується державою в повному обсязі в разі встановлення в діях судді (суддів), які вплинули на постановления незаконного рішення, складу злочину за обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили. Шкода, завдана фізичній або юридичній особі внаслідок іншої незаконної дії або бездіяльності чи незаконного рішення органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду, відшкодовується на загальних підставах. Порядок відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду, встановлюється законом.

В Україні діє Закон України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду» від 1 грудня 1994 р. № 266/94-ВР (далі — Закон). Відповідно до положень цього Закону, підлягає відшкодуванню шкода, завдана громадянинові внаслідок:

1) незаконного засудження, незаконного притягнення як обвинуваченого, незаконного взяття і тримання під вартою, незаконного проведення в ході розслідування чи судового розгляду кримінальної справи обшуку, виїмки, незаконного накладення арешту на майно, незаконного відсторонення від роботи (посади) та інших процесуальних дій, що обмежують права громадян;

2) незаконного застосування адміністративного арешту чи виправних робіт, незаконної конфіскації майна, незаконного накладення штрафу;

3) незаконного проведення оперативно-розшукових заходів, передбачених законами України «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» та іншими актами законодавства.

У випадках, зазначених вище, завдана шкода відшкодовується в повному обсязі незалежно від вини посадових осіб органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду.

Право на відшкодування шкоди в розмірах і в порядку, передбачених Законом, виникає у випадках:

1) постановления виправдувального вироку суду;

2) встановлення в обвинувальному вироку суду чи іншому рішенні суду (крім ухвали чи постанови суду про повернення справи на додаткове розслідування чи новий судовий розгляд) факту незаконного притягнення як обвинуваченого, незаконного взяття і тримання під вартою, незаконного проведення в ході розслідування чи судового розгляду кримінальної справи обшуку, виїмки, незаконного накладення арешту на майно, незаконного відсторонення від роботи (посади) та інших процесуальних дій, що обмежують чи порушують права та свободи громадян, незаконного проведення оперативно-розшукових заходів;

3) закриття кримінальної справи за відсутністю події злочину, відсутністю у діянні складу злочину або недоведеністю участі обвинуваченого у вчиненні злочину;

4) відмови в порушенні кримінальної справи або закриття кримінальної справи з підстав;

5) закриття справи про адміністративне правопорушення.

У зазначених випадках громадянинові відшкодовуються (повертаються):

1) заробіток та інші грошові доходи, які він втратив внаслідок незаконних дій;

2) майно (в тому числі гроші, грошові вклади і відсотки по них, цінні папери та відсотки по них, частка у статутному фонді господарського товариства, учасником якого був громадянин, та прибуток, який він не отримав відповідно до цієї частки, інші цінності), конфісковане або звернене в дохід держави судом, вилучене органами дізнання чи досудового слідства, органами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, а також майно, на яке накладено арешт;

3) штрафи, стягнуті на виконання вироку суду, судові витрати та інші витрати, сплачені громадянином;

4) суми, сплачені громадянином у зв'язку з поданням йому юридичної допомоги;

5) моральна шкода.

Відшкодування моральної шкоди провадиться у разі, коли незаконні дії органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду завдали моральної втрати громадянинові, призвели до порушення його нормальних життєвих зв'язків, вимагають від нього додаткових зусиль для організації свого життя.

Моральною шкодою визнаються страждання, заподіяні громадянинові внаслідок фізичного чи психічного впливу, що призвело до погіршення або позбавлення можливостей реалізації ним своїх звичок і бажань, погіршення відносин з оточуючими людьми, інших негативних наслідків морального характеру.

Громадянин, звільнений з роботи (посади) у зв'язку з незаконним засудженням або відсторонений від посади у зв'язку з незаконним притягненням до кримінальної відповідальності, має бути поновлений на колишній роботі (посаді), а в разі неможливості цього (ліквідація підприємства, установи, організації, скорочення посади, а також наявність інших передбачених законом підстав, що перешкоджають поновленню на роботі (посаді) — йому має бути надано державною службою зайнятості іншу підходящу роботу. Робота (посада) надається громадянинові не пізніше місячного терміну з дня звернення, якщо воно надійшло протягом трьох місяців з моменту набрання законної сили виправдувальним вироком або винесення постанови (ухвали) про закриття кримінальної справи за відсутністю події злочину, відсутністю у діянні складу злочину або недоведеністю участі обвинуваченого у вчиненні злочину.

Запис про звільнення з роботи (посади), зроблений у трудовій книжці, визнається недійсним. На вимогу громадянина власник або уповноважений ним орган у триденний термін видає йому дублікат трудової книжки без запису, який визнано недійсним.

Термін перебування під вартою, термін відбуття покарання, а також час, протягом якого громадянин не працював у зв'язку з незаконним відстороненням від роботи (посади), зараховується як до загального трудового стажу, так і до стажу роботи за спеціальністю, стажу державної служби, безперервного стажу.

Трудовий стаж робітників і службовців, а також стаж роботи осіб, які працювали на підставі членства (в кооперативі, колгоспі тощо), обчислений із зарахуванням періодів, враховується при наданні робітникам, службовцям і зазначеним особам різних пільг і переваг, у тому числі при призначенні пенсій і допомоги по державному соціальному страхуванню. Робітникам і службовцям цей стаж враховується також при призначенні пенсій на пільгових умовах і за вислугу років, при встановленні розмірів місячних ставок (посадових окладів) залежно від тривалості роботи за спеціальністю, а також при виплаті разової винагороди або відсоткових надбавок за вислугу років.

Місцеві органи влади і самоврядування протягом місяця з дня звернення повертаються громадянинові, який втратив право користування жилим приміщенням внаслідок незаконного засудження, жиле приміщення, яке він займав раніше, а якщо воно не збереглося в натурі, протягом шести місяців з дня звернення громадянина позачергово надають йому в тому ж населеному пункті рівноцінне впорядковане жиле приміщення з урахуванням складу сім'ї та діючих норм жилої площі.

Якщо громадянин у зв'язку з незаконним засудженням був позбавлений військових або інших звань, а також державних нагород, йому поновлюються звання і повертаються нагороди.

У разі постановлення виправдувального вироку, закриття кримінальної справи за відсутністю події злочину, відсутністю у діянні складу злочину або недоведеністю участі особи у вчиненні злочину, а також у разі закриття справи про адміністративне правопорушення орган дізнання, слідчий, прокурор або суд зобов'язані на прохання особи в місячний строк письмово повідомити про своє рішення трудовий колектив, у якому працює особа, або за її місцем проживання.

Якщо відомості про засудження або притягнення громадянина до кримінальної відповідальності, застосування до нього як запобіжного заходу взяття під варту чи накладення на нього адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт були поширені в засобах масової інформації, то на вимогу цього громадянина, а в разі його смерті на вимогу його родичів чи органу дізнання, слідчого, прокурора або суду засоби масової інформації протягом одного місяця роблять повідомлення про рішення, що реабілітує громадянина, відповідно до чинного законодавства України.

У разі незгоди з винесеною постановою (ухвалою) про відшкодування шкоди громадянин відповідно до положень цивільного процесуального законодавства може оскаржити постанову до суду, а ухвалу суду — до суду вищої інстанції в апеляційному порядку. Оскарження до суду не позбавляє громадянина права звернутись із скаргою до відповідного прокурора.

Розмір моральної шкоди визначається з урахуванням обставин справи в межах, встановлених цивільним законодавством.

Відшкодування моральної шкоди за час перебування під слідством чи судом провадиться, виходячи з розміру не менше одного мінімального розміру заробітної плати за кожен місяць перебування під слідством чи судом.

Заяву про оскарження постанови про відшкодування шкоди, завданої незаконними діями органів дізнання, досудового слідства чи прокуратури, на вибір громадянина може бути подано до суду за місцем його проживання або за

місцезнаходженням відповідного органу дізнання, досудового слідства чи прокуратури. Сторони в цих справах звільняються від сплати судових витрат.

Поновлення службових, пенсійних, житлових, інших особистих і майнових прав та відшкодування іншої шкоди, завданої військовослужбовцю Збройних Сил України, Державної прикордонної служби України, інших військових формувань, створюваних відповідно до законодавства України, а також особам начальницького і рядового складу органів внутрішніх справ України, провадиться за правилами, встановленими Законом.

4.5. Конституційний Суд України і його повноваження. Звернення до Конституційного Суду України та порядок їх розгляду.

Відповідно до ст. 147 Конституції України, Конституційний Суд України є єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні.

Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність законів та інших правових актів Конституції України і дає офіційне тлумачення Конституції України та законів України.

Згідно з Конституцією України до повноважень Конституційного Суду України належить:

1) вирішення питань про конституційність законів України та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України та Кабінету Міністрів України, правових актів ВР АРК (ч. 1 ст. 150);

2) офіційне тлумачення Конституції та законів України (ч. 1 ст. 150);

3) вирішення питань про відповідність Конституції України міжнародних договорів (ч. 1 ст. 151);

4) надання висновків щодо додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту (ч. 2 ст. 151 та ч. 6 ст. 111);

5) надання висновків про порушення ВР АРК Конституції України або законів України (п. 28 ст. 85);

6) надання висновків щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України вимогам статей 157 і 158 Конституції України (ст. 159).

Результати здійснення органом конституційного контролю своїх повноважень відтворюються в актах Конституційного Суду України та визначають їх юридичну природу.

Конституційний Суд України складається з вісімнадцяти суддів Конституційного Суду України.

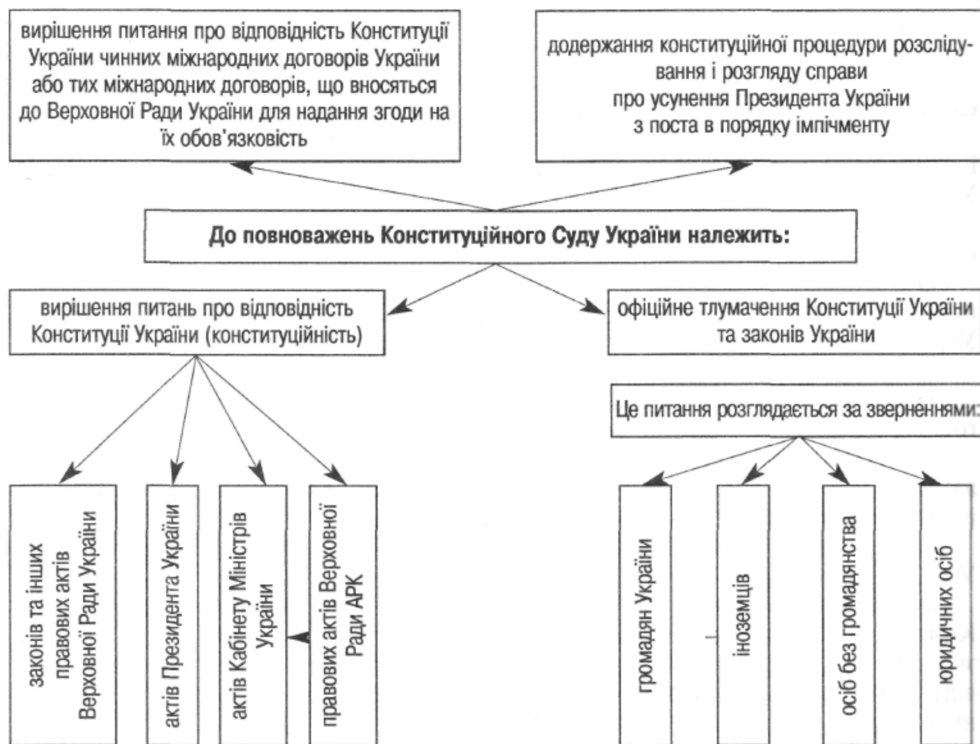


Президент України, Верховна Рада України та з'їзд суддів України призначають по шість суддів Конституційного Суду України.

Суддя Конституційного Суду України призначається на дев'ять років без права бути призначеним на повторний строк.



Голова Конституційного Суду України обирається на спеціальному пленарному засіданні Конституційного Суду України зі складу суддів Конституційного Суду України шляхом таємного голосування лише на один трирічний строк.



З цих питань Конституційний Суд України ухвалює рішення, які є обов'язковими до виконання на території України, остаточними і не можуть бути оскаржені.

Конституційний Суд України за зверненням Президента України або Кабінету Міністрів України дає висновки про відповідність Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість.

За зверненням Верховної Ради України Конституційний Суд України дає висновок щодо додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту.

Закони та інші правові акти за рішенням Конституційного Суду України визнаються неконституційними повністю чи в окремій частині, якщо вони не відповідають Конституції України або якщо була порушена встановлена Конституцією України процедура їх розгляду, ухвалення або набрання ними чинності.

Закони, інші правові акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність.

Матеріальна чи моральна шкода, завдана фізичним або юридичним особам актами і діями, що визнані неконституційними, відшкодовується державою у встановленому законом порядку.

Порядок організації і діяльності Конституційного Суду України, процедура розгляду ним справ визначаються законом.

В Україні діє Закон України «Про Конституційний Суд України» від 16 жовтня 1996 р. Відповідно до нього завданням Конституційного Суду України є гарантування верховенства Конституції України як Основного Закону держави на всій території України.



Порядок призначення суддів Конституційного Суду України Президентом України

Президент України проводить консультації з Прем'єр-міністром України та Міністром юстиції України щодо кандидатур на посади суддів Конституційного Суду України.

Призначеною на посаду судці Конституційного Суду України вважається особа, про призначення якої видано Указ Президента України, скріплений підписами Прем'єр-міністра України та Міністра юстиції України.

У разі припинення повноважень судді Конституційного Суду України, який призначався Президентом України, Президент України у місячний строк призначає іншу особу на цю посаду.

Порядок призначення суддів Конституційного Суду України Верховною Радою України

Верховна Рада України призначає суддів Конституційного Суду України таємним голосуванням шляхом подання бюлетенів.

Пропозиції щодо кандидатур на посади суддів Конституційного Суду України вносить Голова Верховної Ради України, а також може вносити не менш як 1/4 народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України; при цьому депутат має право поставити підпис під пропозицією про висунення лише однієї кандидатури, і ці підписи депутатів не відкликаються. Відповідний Комітет Верховної Ради України подає Верховній Раді свої висновки щодо кожної кандидатури на посаду судді Конституційного Суду України, внесеної у встановленому порядку.

Призначеними на посади суддів Конституційного Суду України вважаються кандидати, які набрали найбільшу кількість голосів депутатів, але більше половини голосів депутатів від конституційного складу Верховної Ради України. Якщо кілька кандидатів набрали однакову кількість голосів і після їх призначення було

б перевищено необхідне для призначення кількість суддів, щодо цих кандидатів проводиться повторне голосування.

У разі припинення повноважень судді Конституційного Суду України, який призначався Верховною Радою України, Верховна Рада України у місячний строк призначає іншу особу на цю посаду.

За результатами голосування Головою Верховної Ради України підписуються постанови Верховної Ради України про призначення суддів Конституційного Суду України.

Порядок призначення суддів Конституційного Суду України з'Ъдом суддів України

З'їзд суддів України за пропозицією делегатів з'їзду відкритим голосуванням більшістю голосів присутніх делегатів з'їзду визначає кандидатури на посади суддів Конституційного Суду України для включення в бюлетені для таємного голосування.

Призначеним на посаду судді Конституційного Суду України вважається кандидат, який у результаті таємного голосування одержав більшість голосів від числа обраних делегатів з'їзду суддів України.

Якщо голосування проводиться щодо кандидатур, число яких перевищує квоту для призначення на посаду суддів Конституційного Суду України, призначеними вважаються кандидати, які за умов, визначених Законом, набрали більше голосів, ніж інші кандидати на ці посади.

У разі припинення повноважень судді Конституційного Суду України, який призначався з'їздом суддів України, з'їзд суддів України у тримісячний строк призначає іншу особу на цю посаду.

За результатами голосування головуючим і секретарем з'їзду підписуються рішення з'їзду судців України про призначення суддів Конституційного Суду України.

До повноважень Конституційного Суду України не належать питання щодо законності актів органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим та органів місцевого самоврядування, а також інші питання, віднесені до компетенції судів загальної юрисдикції.

Судді Конституційного Суду України не можуть належати до політичних партій та профспілок, мати представницький мандат, брати участь у будь-якій політичній діяльності, обіймати будь-які інші оплачувані посади, виконувати іншу оплачувану роботу, крім наукової, викладацької та творчої *(див. схему на наст. стор.).*

Конституційне подання *— це письмове клопотання до Конституційного Суду України про визнання правового акта (його окремих положень) неконституційним, про визначення конституційності міжнародного договору або про необхідність офіційного тлумачення Конституції України та законів України.* Конституційним поданням є також звернення Верховної Ради України про дачу висновку щодо додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту.

Конституційне звернення *— це письмове клопотання до Конституційного Суду України про необхідність офіційного тлумачення Конституції України та законів України з метою забезпечення реалізації чи захисту конституційних прав та свобод людини і громадянина, а також прав юридичної особи.*



4.6. Судова система згідно з Конституцією України. Основні засади судочинства.

У Конституції України (ст. 124) прямо зазначено, що судочинство здійснюється Конституційним Судом України і судами загальної юрисдикції. В юридичній науці співвідношення понять «правосуддя» і «судочинство» визначається таким чином: 1) судочинство є способом здійснення правосуддя; 2) судочинство реалізує цілі та завдання правосуддя; 3) співвідношення правосуддя і судочинства — це зв'язок змісту та форми, здійснюючи судочинство, орган держави вершить правосуддя, що ґрунтується на ряді принципів.

Конституція України гарантує кожному право на судовий захист. Це право включає можливість оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

Державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Судова влада реалізується шляхом здійснення правосуддя у формі цивільного, господарського, адміністративного, кримінального, а також конституційного судочинства.

Суд, здійснюючи правосуддя, на засадах верховенства права забезпечує захист гарантованих Конституцією України та законами прав і свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства і держави.

Відповідно до ст. 124 Конституції України, правосуддя в Україні здійснюється виключно судами.

Конституційно-правові засади діяльності судової влади в Україні:

1. Заборона делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами.

2. Поширення юрисдикції судів на всі правовідносини, що виникають у державі.

3. Судочинство здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції. Найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції є Верховний Суд України.

4. Народ безпосередньо бере участь у здійсненні правосуддя через народних засідателів і присяжних.

5. Судові рішення ухвалюються судами іменем України і є обов'язковими до виконання на всій території України.

6. Система судів загальної юрисдикції в Україні будується за принципами територіальності і спеціалізації.

7. Заборона створення надзвичайних та особливих судів.

8. Гарантування незалежності і недоторканності суддів. Заборона впливу на суддів у будь-який спосіб. Суддя не може бути без згоди Верховної Ради України затриманий чи заарештований до винесення обвинувального вироку судом.

9. Судді обіймають посади безстроково, крім суддів Конституційного Суду України та суддів, які призначаються на посаду судді вперше.

10. Суддя може бути звільнений з посади органом, який його обрав або призначив, лише у разі:

1) закінчення строку, на який його обрано чи призначено;
2) досягнення суддею 65 років;
3) неможливості виконувати свої повноваження за станом здоров'я;
4) порушення суддею вимог щодо несумісності;
5) порушення суддею присяги;
6) набрання законної сили обвинувальним вироком щодо нього;
7) припинення його громадянства;
8) визнання його безвісно відсутнім або оголошення померлим;
9) подання суддею заяви про відставку або про звільнення з посади за власним бажанням.

Повноваження судді припиняються у разі його смерті.

11. Забезпечення державою особистої безпеки суддів та їхніх сімей.

12. Здійснення правосуддя виключно професійними суддями та, у визначених законом випадках, народними засідателями і присяжними. Професійні судді не можуть належати до політичних партій та профспілок, брати участь у будь-якій політичній діяльності, мати представницький мандат, обіймати будь-які інші оплачувані посади, виконувати іншу оплачувану роботу, крім наукової, викладацької та творчої.



Суддями спеціалізованих судів можуть бути особи, які мають фахову підготовку з питань юрисдикції цих судів. Ці судді відправляють правосуддя лише у складі колегій суддів.

Додаткові вимоги до окремих категорій суддів щодо стажу, віку та їх професійного рівня встановлюються законом.

Згідно з конституційним положенням перше призначення на посаду професійного судді строком на *п'ять років* здійснюється *Президентом України.* Всі інші судді, крім суддів Конституційного Суду України, *обираються Верховною Радою України безстроково*, в порядку, встановленому законом.

Голова Верховного Суду України обирається на посаду та звільняється з посади шляхом таємного голосування Пленумом Верховного Суду України в порядку, встановленому законом.



Право на судовий захист

Усім суб'єктам правовідносин гарантується захист їх прав, свобод і законних інтересів незалежним і неупередженим судом, утвореним відповідно до закону.

Для забезпечення всебічного, повного та об'єктивного розгляду справ, законності судових рішень в Україні діють суди першої, апеляційної та касаційної інстанцій.

Ніхто не може бути позбавлений права на розгляд його справи у суді, до підсудності якого вона віднесена процесуальним законом. Угоди про відмову у зверненні за захистом до суду є недійсними.

Ніхто не може бути позбавлений права на участь у розгляді своєї справи у визначеному процесуальним законом порядку в суді будь-якого рівня.

Іноземці, особи без громадянства та іноземні юридичні особи користуються в Україні правом на судовий захист нарівні з громадянами та юридичними особами України.

Рівність перед законом і судом

Правосуддя в Україні здійснюється на засадах рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом незалежно від статі, раси, кольору шкіри, мови, політичних, релігійних та інших переконань, національного чи соціального походження, майнового стану, роду і характеру занять, місця проживання та інших обставин.

Правова допомога при вирішенні справ у судах

Кожен має право користуватися правовою допомогою при вирішенні його справи в суді.

Для надання правової допомоги при вирішенні справ у судах в Україні діє адвокатура. У випадках, передбачених законом, правову допомогу надають також інші особи. Порядок та умови надання правової допомоги визначаються законом. У випадках, передбачених законом, правова допомога надається безоплатно.

Гласність судового процесу

Ніхто не може бути обмежений у праві на отримання в суді усної або письмової інформації щодо результатів розгляду його судової справи.

Розгляд справ у судах відбувається відкрито, крім випадків, передбачених процесуальним законом. Учасники судового розгляду та інші особи, присутні на відкритому судовому засіданні, мають право робити письмові нотатки. Проведення в залі судового засідання фото- і кінозйомки, теле-, відео-, звукозапису із застосуванням стаціонарної апаратури, а також транслювання судового засідання допускаються з дозволу суду, в порядку, встановленому процесуальним законом.

Розгляд справи у закритому судовому засіданні допускається за рішенням суду у випадках, передбачених процесуальним законом.

При розгляді справ перебіг судового процесу фіксується технічними засобами в порядку, встановленому процесуальним законом.

Мова судочинства

Судочинство в Україні провадиться державною мовою.

Застосування інших мов у судочинстві здійснюється у випадках і порядку, визначених законом.

Особи, які не володіють або недостатньо володіють державною мовою, мають право користуватися рідною мовою та послугами перекладача у судовому процесі. У випадках, передбачених процесуальним законом, це право забезпечується державою.

Обов'язковість судових рішень

Судове рішення, яким закінчується розгляд справи у суді, ухвалюється іменем України.

Судові рішення, що набрали законної сили, є обов'язковими до виконання усіма органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами, об'єднаннями громадян та іншими організаціями, громадянами та юридичними особами на всій території України. Обов'язковість урахування (преюдиціальність) судових рішень для інших судів, органів прокуратури, слідства, дізнання визначається процесуальним законом.

Судові рішення інших держав є обов'язковими до виконання на території України за умов, визначених законом України відповідно до міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Невиконання судових рішень тягне передбачену законом відповідальність.

Право на оскарження судового рішення

Учасники судового процесу та інші особи у випадках і порядку, передбачених процесуальним законом, мають право на апеляційне та касаційне оскарження судового рішення.

Колегіальний та одноособовий розгляд справ

Справи у судах першої інстанції розглядаються суддею одноособово, колегією суддів або суддею і народними засідателями, а у випадках, визначених процесуальним законом, — також судом присяжних.

Суддя, який розглядає справу одноособово, діє як суд.

Розгляд справ в апеляційному, касаційному порядку, а також в інших випадках, передбачених законом, здійснюється судом колегіально у складі не менше

трьох професійних судців відповідно до закону. Справи в порядку повторної касації розглядаються складом суддів відповідної судової палати (Військової судової колегії) Верховного Суду України згідно з вимогами процесуального закону.

Самостійність судів і незалежність суддів

Суди здійснюють правосуддя самостійно. Судді при здійсненні правосуддя незалежні від будь-якого впливу, нікому не підзвітні і підкоряються лише закону.

Органи та посадові особи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові особи, громадяни та їх об'єднання, а також юридичні особи зобов'язані поважати незалежність суддів і не посягати на неї.

Звернення до суду громадян, організацій чи посадових осіб, які відповідно до закону не є учасниками судового процесу, з приводу розгляду конкретних справ судом не розглядаються, якщо інше не передбачено процесуальним законом.

Втручання у здійснення правосуддя, вплив на суд або суддів у будь-який спосіб, неповага до суду чи суддів, збирання, зберігання, використання і поширення інформації усно, письмово або в інший спосіб з метою завдати шкоди їх авторитету чи вплинути на неупередженість суду забороняється і тягне передбачену законом відповідальність.

Суддям забезпечується свобода неупередженого вирішення судових справ відповідно до їх внутрішнього переконання, що ґрунтується на вимогах закону.

Гарантії самостійності судів і незалежності суддів забезпечуються:

—особливим порядком призначення, обрання, притягнення до відповідальності та звільнення суддів;

—незмінюваністю суддів та їх недоторканністю;

—порядком здійснення судочинства, встановленим процесуальним законом, таємницею постановления судового рішення;

—забороною втручання у здійснення правосуддя;

—відповідальністю за неповагу до суду чи судді, встановленою законом;

—особливим порядком фінансування та організаційного забезпечення діяльності суців, встановленим законом;

—належним матеріальним та соціальним забезпеченням суддів;

—функціонуванням органів суддівського самоврядування;

—визначеними законом засобами забезпечення особистої безпеки суддів, їх сімей, майна, а також іншими засобами їх правового захисту.

При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу передбачених законом гарантій самостійності суців, незалежності та правової захищеності судців.

Недоторканність суддів

Нецоторканність суддів гарантується Конституцією України, законом про статус судців та іншими законами.

На нароцних засідателів і присяжних на час виконання ними у суці обов'язків, пов'язаних зі зційсненням правосудця, поширюються гарантії недоторканності судців.

Незмінюваність суддів

Професійні судді судів загальної юрисдикції обіймають посади безстроково, крім суддів, які призначаються на посаду судді вперше.

Судці, обрані безстроково, перебувають на посаді судці до досягнення ними 65 років.

За неповагу до суцу і судці винні особи притягаються до юридичної відповідальності.

Держава забезпечує фінансування та належні умови для функціонування судів і діяльності суддів. У Державному бюджеті України окремо визначаються видатки на утримання судів.

Для вирішення питань внутрішньої діяльності судів діє суддівське самоврядування.

Судову систему України складають суди загальної юрисдикції та Конституційний Суд України.

Суди загальної юрисдикції утворюють єдину систему судів. Конституційний Суд України є єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні.

Судова система забезпечує доступність правосуддя для кожної особи в порядку, встановленому Конституцією України та законами.

Порядок організації і діяльності Конституційного Суду України встановлюється Конституцією України та законом про Конституційний Суд України.

Найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції є Верховний Суд України. Вищими судовими органами спеціалізованих судів є відповідні вищі спеціалізовані суди.

Єдність системи судів загальної юрисдикції забезпечується:

1) єдиними засадами організації та діяльності судів;

2) єдиним статусом суддів;

3) обов'язковістю для всіх судів правил судочинства, визначених законом;

4) забезпеченням Верховним Судом України однакового застосування законів судами загальної юрисдикції;

5) обов'язковістю виконання на території України судових рішень;

6) єдиним порядком організаційного забезпечення діяльності судів;

7) фінансуванням судів виключно з Державного бюджету України;

8) вирішенням питань внутрішньої діяльності судів органами суддівського самоврядування.

Відповідно до Конституції України, в системі судів загальної юрисдикції утворюються загальні та спеціалізовані суди окремих судових юрисдикцій. Військові суди належать до загальних судів і здійснюють правосуддя у Збройних Силах України та інших військових формуваннях, утворених відповідно до закону.

Спеціалізованими судами є господарські, адміністративні та інші суди, визначені як спеціалізовані суди.

У судах різних судових юрисдикцій може запроваджуватися спеціалізація суддів з розгляду конкретних категорій справ даної юрисдикції.

Місцевими загальними судами є районні, районні у містах, міські та міськрайонні суди, а також військові суди гарнізонів.

Місцевими господарськими судами є господарські суди АРК, областей, міст Києва та Севастополя, а *місцевими адміністративними судами* є окружні суди, що утворюються в округах відповідно до указу Президента України.

Місцевий суд складається з суддів місцевого суду, голови та заступника голови суду. У місцевому суді, в якому кількість суддів перевищує п'ятнадцять, може бути призначено більше одного заступника голови суду.

Повноваження місцевого суду

Місцевий суд є судом першої інстанції і розглядає справи, віднесені процесуальним законом до його підсудності.

Місцеві загальні суди розглядають кримінальні та цивільні справи, а також справи про адміністративні правопорушення.

Місцеві господарські суди розглядають справи, що виникають з господарських правовідносин, а також інші справи, віднесені процесуальним законом до їх підсудності.

Місцеві адміністративні суди розглядають адміністративні справи, пов'язані з правовідносинами у сфері державного управління та місцевого самоврядування (справи адміністративної юрисдикції), крім справ адміністративної юрисдикції у сфері військового управління, розгляд яких здійснюють військові суди.

У системі судів загальної юрисдикції в Україні діють загальні та спеціалізовані апеляційні суди.

Апеляційними загальними судами є: апеляційні суди областей, апеляційні суди міст Києва та Севастополя, Апеляційний суд АРК, військові апеляційні суди регіонів та апеляційний суд Військово-Морських Сил України, а також Апеляційний суд України. У разі необхідності замість апеляційного суду області можуть утворюватися апеляційні загальні суди, територіальна юрисдикція яких поширюється на декілька районів області.

Апеляційними спеціалізованими судами є апеляційні господарські суди та апеляційні адміністративні суди, які утворюються в апеляційних округах відповідно до указу Президента України.

До складу апеляційного суду входять судді, як правило, обрані на посаду судді безстроково, голова суду та його заступники.

В апеляційних судах утворюються судові палати. У складі загального апеляційного суду утворюються судова палата у цивільних справах та судова палата у кримінальних справах. У складі спеціалізованого апеляційного суду можуть утворюватися судові палати з розгляду окремих категорій справ за встановленою спеціалізацією в межах відповідної спеціальної судової юрисдикції.

Апеляційний суд України діє у складі:

1) судової палати у цивільних справах;

2) судової палати у кримінальних справах;

3) військової судової палати.

Касаційний суд України діє у складі суддів, обраних на посаду безстроково, голови суду та його заступників.

У складі Касаційного суду України діють:

1) судова палата у цивільних справах;

2) судова палата у кримінальних справах;

3) військова судова палата.

Верховний Суд України *є найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції.* Верховний Суд України здійснює правосуддя, забезпечує однакове застосування законодавства усіма судами загальної юрисдикції.

Верховний Суд України:

1) розглядає у касаційному порядку рішення загальних судів у справах, віднесених до його підсудності процесуальним законом; переглядає в порядку повторної касації усі інші справи, розглянуті судами загальної юрисдикції в касаційному порядку; у випадках, передбачених законом, розглядає інші справи, пов'язані з виключними обставинами;

2) дає судам роз'яснення з питань застосування законодавства на основі узагальнення судової практики та аналізу судової статистики; у разі необхідності визнає нечинними роз'яснення Пленуму вищого спеціалізованого суду;

3) дає висновок щодо наявності чи відсутності в діяннях, у яких звинувачується Президент України, ознак державної зради або іншого злочину; надає за зверненням Верховної Ради України письмове подання про неможливість виконання Президентом України своїх повноважень за станом здоров'я;

4) звертається до Конституційного Суду України у випадках виникнення у судів загальної юрисдикції при здійсненні ними правосуддя сумнівів щодо кон-

ституційності законів, інших правових актів, а також щодо офіційного тлумачення Конституції України та законів;

5) веде та аналізує судову статистику, вивчає та узагальнює судову практик}, знайомиться в судах з практикою застосування законодавства;

6) у межах своїх повноважень вирішує питання, що випливають з міжнародних договорів України; представляє суди загальної юрисдикції у зносинах з судами інших держав; здійснює інші повноваження, передбачені законом.

4.7. Правові засади звернення до Європейського суду з прав людини. Вимоги до складання звернення до цього Суду. Рішення Європейського суду щодо розгляду цих звернень та наслідки прийнятих рішень.

Стаття 55 Конституції України гарантує кожному право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна.

Так, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (підписана 4 листопада 1950 р.; ратифікована Україною 17 липня 1997 р.; набула чинності для України 11 вересня 1997 р.) передбачає, що у разі порушення її положень особа, права якої були порушені, може звернутися до Європейського суду з прав людини. Суд може приймати заяви від будь-якої особи, неурядової організації або групи осіб, які вважають себе потерпілими від допущеного однією з держав, які ратифікували Конвенцію, порушення прав, викладених у Конвенції або протоколах до неї. Суд може брати справу до розгляду лише після того, як було вичерпано всі національні засоби юридичного захисту, згідно із загальновизнаними принципами міжнародного права, і впродовж шести місяців від дати постановления остаточного рішення на національному рівні. Суд не розглядає жодної індивідуальної заяви, якщо вона:

а) є анонімною;

b) за своєю суттю є ідентичною до заяви, що вже була розглянута Судом чи була подана на розгляд до іншого міжнародного органу розслідування чи врегулювання, і якщо вона не містить нових фактів у справі.

Суд оголошує неприйнятною будь-яку індивідуальну заяву, подану згідно зі ст. 34, якщо він вважає, що ця заява несумісна з положеннями Конвенції або протоколів до неї, явно необгрунтована або є зловживанням правом на подання заяви.

Суд відхиляє будь-яку заяву, яку він вважає неприйнятною згідно з цією статтею. Він може зробити це на будь-якій стадії провадження у справі. Якщо Суд визнає заяву прийнятною, він:

а) розглядає справу разом із представниками сторін і, в разі необхідності, проводить розслідування, для ефективного здійснення якого заінтересовані держави створюють усі необхідні умови;

b) надає себе в розпорядження заінтересованих сторін для забезпечення дружнього врегулювання спору на основі поваги до прав людини, як їх визначає Конвенція та протоколи до неї.

Якщо Суд визнає факт порушення Конвенції або протоколів до неї і якщо внутрипнє право відповідної країни передбачає лише часткове відшкодування, Суд, у разі необхідності, надає потерпілій стороні справедливу сатисфакцію.

23 лютого 2006 р. було прийнято Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». Цей Закон регулює відносини, що виникають у зв'язку з обов'язком держави виконати рішення Європейського суду з прав людини у справах проти України; з необхідністю усунення причин порушення Україною Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і протоколів до неї; з впровадженням в українське судочинство та адміністративну практику європейських стандартів прав людини; зі створенням передумов для зменшення кількості заяв до Європейського суду з прав людини проти України.

Протягом трьох днів від дня одержання повідомлення про набуття Рішенням статусу остаточного Орган представництва готує та надсилає для опублікування в газетах «Урядовий кур'єр» і «Голос України» стислий виклад Рішення українською мовою, який має включати:

а) офіційну назву Рішення мовою оригіналу та в перекладі українською мо вою;

б) номер заяви до Суду;

в) дату постановлення Рішення;

г) стислий виклад фактів у справі;

д) стислий виклад питань права;

є) переклад резолютивної частини Рішення.

Протягом трьох днів Орган представництва надсилає стислий виклад Рішення Стягувачеві, Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини, всім державним органам, посадовим особам та іншим суб'єктам, прямо причетним до справи, за якою постановлено Рішення, разом із копією оригінального тексту.

З метою виконання заходів загального характеру держава забезпечує переклад та опублікування повних текстів Рішень українською мовою спеціалізованим у питаннях практики Суду юридичним виданням, що має поширення у професійному середовищі правників. Автентичність перекладу повних текстів Рішень засвідчується органом представництва. Визначення видання, яке здійснюватиме переклад та опублікування повних текстів Рішень, а також замовлення необхідної кількості примірників видання з метою забезпечення судів, зрганів прокуратури, юстиції, внутрішніх справ, служби безпеки, установ виконання покарань, інших заінтересованих суб'єктів провадяться на конкурсній основі Органом представництва. Забезпечення суддів опублікованим перекладом повних текстів Рішень покладається на державний орган, відповідальний за організаційно-матеріальне забезпечення судів.

Протягом трьох днів від дня отримання повідомлення Суду про набуття Рішенням статусу остаточного Орган представництва:

а) надсилає Стягувачеві повідомлення з роз'ясненням його права подати до державної виконавчої служби заяву про виплату відшкодування, в якій мають бути зазначені реквізити банківського рахунка для перерахування коштів;

б) надсилає до державної виконавчої служби оригінальний текст і переклад резолютивної частини Рішення. Автентичність перекладу засвідчується Органом представництва.

Державна виконавча служба впродовж трьох днів з дня надходження документів відкриває виконавче провадження. Неподання Стягувачем заяви про виплату відшкодування не є перешкодою для виконання Рішення.

Виплата Стягувачеві відшкодування має бути здійснена у тримісячний строк з моменту набуття Рішенням статусу остаточного. У разі порушення строку на суму відшкодування нараховується пеня відповідно до Рішення. Державне казначей-

ство України протягом 10 днів від дня надходження зазначених у ч. 3 цієї статті документів здійснює списання на вказаний Стягувачем банківський рахунок, а в разі його відсутності — на депозитний рахунок державної виконавчої служби коштів з відповідної бюджетної програми Державного бюджету України. Порядок збереження коштів на депозитному рахунку державної виконавчої служби визначається Законом України «Про виконавче провадження». Підтвердження списання, отримане від Державного казначейства України, є для державної виконавчої служби підставою для закінчення виконавчого провадження. Державна виконавча служба протягом трьох днів надсилає органу представництва постанову про закінчення виконавчого провадження та підтвердження списання коштів.

Якщо встановити місцеперебування (місцезнаходження) Стягувача — фізичної особи неможливо, а також у разі смерті Стягувача — фізичної особи чи реорганізації або ліквідації Стягувача — юридичної особи сума відшкодування перераховується на депозитний рахунок державної виконавчої служби. Сума відшкодування, яка знаходиться на депозитному рахунку державної виконавчої служби, перераховується:

а) на рахунок Стягувача після подання ним відповідної заяви;

б) на рахунки спадкоємців Стягувача — фізичної особи після подання ними належним чином оформлених документів, які надають їм право на отримання спадщини;

в) на рахунок правонаступника реорганізованого Стягувача — юридичної осо би після подання ним належним чином оформлених документів, які підтверджу ють його правонаступництво;

г) на рахунки засновників (учасників, акціонерів) ліквідованого Стягувача — юридичної особи після подання ними рішень суду, які підтверджують їхній статус засновників (учасників, акціонерів) ліквідованого Стягувача — юридичної особи на момент ліквідації та визначають частку відшкодування, що належить до ви плати кожному із засновників (учасників, акціонерів).

Інформацію про наявність на депозитному рахунку державної виконавчої служби суми відшкодування державна виконавча служба надсилає Органу представництва. Позивачем у справах про відшкодування збитків, завданих Державному бюджету України внаслідок виплати відшкодування, виступає Орган представництва, який зобов'язаний протягом трьох місяців з моменту, визначеного в ч. 4 ст. 8 вищезазначеного Закону, звернутися до суду з відповідним позовом.

З метою забезпечення відновлення порушених прав Стягувача, крім виплати відшкодування, вживаються додаткові заходи індивідуального характеру. Додатковими заходами індивідуального характеру є:

а) відновлення настільки, наскільки це можливо, попереднього юридичного стану, який Стягувач мав до порушення Конвенції *(restitutio in integrum);*

б) заходи, передбачені в рішенні Суду про дружнє врегулювання.

Відновлення попереднього юридичного стану Стягувача здійснюється, зокре ма, шляхом:

а) повторного розгляду справи судом, включаючи відновлення провадження у справі;

б) повторного розгляду справи адміністративним органом.

Протягом трьох днів від дня одержання повідомлення про набуття Рішенням статусу остаточного Орган представництва:

а) надсилає Стягувачеві повідомлення з роз'ясненням його права порушити провадження про перегляд справи та (або) про його право на відновлення провадження відповідно до чинного законодавства;

б) повідомляє органи, які є відповідальними за виконання передбачених у рішенні Суду про дружнє врегулювання додаткових заходів індивідуального характеру, про зміст, порядок і строки виконання цих заходів. До повідомлення додається переклад рішення Суду про дружнє врегулювання, автентичність якого засвідчується Органом представництва.

Контроль за виконанням додаткових заходів індивідуального характеру, передбачених у рішенні Суду про дружнє врегулювання, покладається на Орган представництва. Орган представництва в межах здійснення передбаченого ч. 2 ст. 8 згаданого Закону контролю має право отримувати від органів, які є відповідальними за виконання додаткових заходів індивідуального характеру, передбачених у рішенні Суду про дружнє врегулювання, інформацію про хід і наслідки виконання таких заходів, а також вносити Прем'єр-міністрові України подання щодо забезпечення виконання додаткових заходів індивідуального характеру.

Органи, відповідальні за виконання додаткових заходів індивідуального характеру, зобов'язані:

а) невідкладно та у визначений Рішенням та (або) чинним законодавством строк виконати додаткові заходи індивідуального характеру;

б) надавати інформацію на запити Органу представництва про перебіг і наслідки виконання додаткових заходів індивідуального характеру;

в) дієво та без зволікань реагувати на подання Органу представництва;

г) про виконання додаткових заходів індивідуального характеру повідомити Орган представництва.

Заходи загального характеру вживаються з метою забезпечення додержання державою положень Конвенції, порушення яких встановлене Рішенням, забезпечення усунення недоліків системного характеру, які лежать в основі виявленого Судом порушення, а також усунення підстави для надходження до Суду заяв проти України, спричинених проблемою, що вже була предметом розгляду в Суді. Заходами загального характеру є заходи, спрямовані на усунення зазначеної в Рішенні системної проблеми та її першопричини, зокрема:

а) внесення змін до чинного законодавства та практики його застосування;

б) внесення змін до адміністративної практики;

в) забезпечення юридичної експертизи законопроектів;

г) забезпечення професійної підготовки з питань вивчення Конвенції та практики Суду прокурорів, адвокатів, працівників правоохоронних органів, працівників імміграційних служб, інших категорій працівників, професійна діяльність яких пов'язана із правозастосуванням, а також з триманням людей в умовах позбавлення свободи;

д) інші заходи, які визначаються — за умови нагляду з боку Комітету міністрів Ради Європи — державою-відповідачем відповідно до Рішення з метою забезпечення усунення недоліків системного характеру, припинення спричинених цими недоліками порушень Конвенції та забезпечення максимального відшкодування наслідків цих порушень.

Упродовж одного місяця з дня одержання повідомлення про набуття Рішенням статусу остаточного Орган представництва готує та надсилає до Кабінету Міністрів України подання щодо вжиття заходів загального характеру. Подання включає пропозиції щодо вирішення зазначеної в Рішенні системної проблеми та усунення її першопричини, зокрема:

а) аналіз обставин, що призвели до порушення Конвенції;

б) пропозиції щодо внесення змін до чинного законодавства;

в) пропозиції щодо внесення змін до адміністративної практики;

г) пропозиції для врахування під час підготовки законопроектів;

д) пропозиції щодо забезпечення професійної підготовки з питань вивчення Конвенції та практики Європейського суду з прав людини для суддів, прокурорів, адвокатів, працівників правоохоронних органів, імміграційних служб, інших категорій працівників, професійна діяльність яких пов'язана із правозастосуванням, а також з триманням людей в умовах позбавлення свободи;

є) пропозиції щодо здійснення інших заходів загального характеру, спрямованих на усунення недоліків системного характеру, припинення спричиненого цими недоліками порушення Конвенції та забезпечення максимального відшкодування наслідків цих порушень;

є) перелік центральних органів виконавчої влади, які є відповідальними за вжиття кожного з пропонованих у поданні заходів.

Одночасно з поданням Орган представництва готує аналітичний огляд для Верховного Суду України, який включає:

а) аналіз обставин, що спричинили порушення Конвенції;

б) пропозиції щодо приведення судової практики у відповідність з вимогами Конвенції.

Одночасно з поданням Орган представництва готує та надсилає до Апарату Верховної Ради України пропозиції для врахування під час підготовки законопроектів.

Суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права. Для цілей посилання на текст Конвенції суди використовують офіційний переклад Конвенції українською мовою. Для цілей посилання на Рішення та ухвали Суду та на ухвали Комісії суди використовують переклади текстів рішень Суду та ухвал Комісії. У разі відсутності перекладу Рішення та ухвали Суду чи ухвали Комісії суд користується оригінальним текстом. У разі виявлення мовної розбіжності між перекладом та оригінальним текстом суд користується оригінальним текстом. У разі виявлення мовної розбіжності між оригінальними текстами та (або) в разі потреби мовного тлумачення оригінального тексту використовується відповідна практика Суду.

При відповіді на питання необхідно зазначити, що міжнародні механізми захисту прав людини не вичерпуються Європейським судом з прав людини. Міжнародні процедури подання індивідуальних скарг передбачені також у межах правозахисного механізму ООН, а саме:

1) Першим Факультативним протоколом до Міжнародного пакту про громадянські та політичні права;

2) Міжнародною конвенцією про ліквідацію всіх форм расової дискримінації (ст. 14 Конвенції);

3) Конвенцією про запобігання тортурам та нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню (ст. 22 Конвенції);

4) Конвенцією про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок;

5) Міжнародною конвенцією про захист прав усіх трудящих-мігрантів та членів їх сімей (ст. 77 Конвенції, ще не набула чинності).

На сьогодні ведеться активна міжнародна кампанія з прийняття Факультативного протоколу до Міжнародного пакту про економічні, соціальні права і права в галузі культури, який наділяв би Комітет ООН з економічних, соціальних і культурних прав повноваженнями щодо розгляду індивідуальних скарг на порушення державами-учасницями прав, передбачених у зазначеному Пакті. Проте наразі ця пропозиція залишається лише проектом і предметом активної лобістської кампанії міжнародного громадянського суспільства.

В усіх перерахованих міжнародних договорах передбачено створення відповідного міжнародного органу, який приймає і розглядає індивідуальні повідомлення. Повідомлення можуть направлятися особами або групами осіб, або від їх імені, які підпадають під юрисдикцію держави-учасниці і стверджують, що вони є жертвами порушення цією державою-учасницею будь-якого з прав, викладених у відповідному міжнародно-правовому договорі. Якщо повідомлення направлено від імені окремих осіб або групи осіб, це робиться з їх згоди, за винятком тих випадків, коли автор може обґрунтувати свої дії від їх імені без такої згоди. Повідомлення подаються в письмовому вигляді і не повинні бути анонімними. Скаржник подає повідомлення до секретаріату Комітету, при цьому будь-якої конкретної форми не вимагається, хоча Комітет сформулював керівні вказівки для осіб, які подають повідомлення.

Розгляд відповідним органом міжнародної установи (відповідним Комітетом) повідомлень проходить два основні етапи: прийнятності і розгляду справи по суті. Прийнятність повідомлення пов'язана з офіційними вимогами, яким повинна відповідати індивідуальна скарга, перш ніж відповідний Комітет може перейти до її розгляду по суті. На стадії розгляду справи по суті Комітет ухвалює ріїпення про порушення прав, передбачених міжнародним договором.

Вимоги щодо прийнятності повідомлень у всіх Комітетах ООН, уповноважених розглядати індивідуальні скарги, багато в чому збігаються. Крім того, більшість цих вимог співпадають з тими критеріями, які висуває Європейський суд з прав людини при вирішенні питання про прийнятність одержаних повідомлень. У систематизованому вигляді чинники, які враховуються уповноваженими Комітетами ООН при вирішенні питання про прийнятність повідомлень, можна сформулювати так:

—Якщо скаржник діє від імені іншої особи, чи має він необхідний дозвіл або у нього є інші підстави для того, щоб діяти таким чином;

—Чи є скаржник (або особа, від імені якої подана скарга) жертвою передбачуваного порушення відповідного права? Необхідно проілюструвати, що скаржник особисто безпосередньо постраждав від законодавства, політики, практики загалом, будь-якої дії або бездіяльності держави-учасниці, яка, за твердженням скаржника, порушила або порушує його права. Недостатньо лише абстрактно оскаржувати законодавство, державну політику або практику (т. зв. *action popularis),* не демонструючи при цьому, яким чином саме скаржник особисто є їх жертвою;

—Чи відповідає скарга положенням договору, на який робиться посилання? Передбачуване порушення повинне стосуватися права, на яке фактично розповсюджується захист даного договору. Якщо, наприклад, подано скаргу відповідно до Факультативного протоколу до Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, не можна заявляти про порушення права власності, оскільки даний Пакт не охороняє це право. У подібному випадку позов буде визнаний неприйнятним *ratione materiae;*

—Чи є скарга достатньо обґрунтованою? Якщо відповідний Комітет у світлі поданої йому всіма сторонами інформації вважає, що скаржник недостатньо повно виклав факти у своїй скарзі або аргументи, що стосуються порушення міжнародно-правового договору, він може відхилити цю скаргу як недостатньо обґрунтовану з погляду прийнятності. Подібна підстава аналогічна неприйняттю справи до розгляду іншими судами — міжнародними або національними — як «явно недостатньо обґрунтованої»;

— Чи пов'язана скарга з подіями, які відбулися до набуття чинності ме ханізмом подання і розгляду скарг для відповідної держави? Як правило, Комітет

не розглядає скарги, датовані періодом, що передує цій даті, і скарга вважається неприйнятною *гаіїопе іетрогіз.* Проте є і винятки, зокрема наслідки події мають вплив у період, коли механізм подання і розгляду скарг вже був визнаний державою-учасницею, відповідний Комітет може взяти до уваги ці обставини та прийняти скаргу;

— Чи були вичерпані всі внутрішні засоби правового захисту? Ключовий принцип, який регулює прийнятність скарги, полягає в тому, що необхідно вичерпати всі національні засоби правового захисту, перед тим як передати повідомлення до відповідного Комітету. Цей процес, як правило, включає розгляд справи національною судовою системою. Необхідно мати на увазі, що звичайні сумніви щодо ефективності подібних заходів не звільняють від виконання цієї вимоги. У той же час існують обмежені винятки з цього правила. Якщо період вичерпання засобів правового захисту продовжений на нерозумний термін або якщо ці засоби є очевидно неефективними (якщо, наприклад, відповідне законодавче положення є абсолютно чітким щодо цього питання), або якщо ці засоби є недоступними (у зв'язку, наприклад, з відсутністю можливості отримати правову допомогу в кримінальній справі), скаржник може бути звільнений від необхідності виконання умови про вичерпання внутрішніх засобів правового захисту. У такому разі необхідно детально пояснити причини, з яких не слід застосовувати це загальне правило;

— Чи є повідомлення зловживанням процедурою подання і розгляду скарг? В окремих випадках Комітет може дійти висновку, що справа є несерйозною, носить сутяжницький характер або використання процедури подання і розгляду скарг є очевидно невиправданим, і відхилити його як неприйнятне (наприклад, у разі подачі неодноразових позовів до того чи іншого Комітету з одного і того ж питання, незважаючи на те, що вони вже були відхилені);

— Чи розглядається скарга в межах іншого механізму міжнародного врегулювання або була предметом його розгляду? Якщо одну й ту ж скаргу було подано до іншої міжнародної установи або організації, юрисдикція якої визнається Україною, наприклад, Європейського суду з прав людини, Комітети ООН не можуть розглядати таку скаргу. Ця вимога в окремих випадках може мати і деякі винятки. Так, якщо скарга була розглянута Європейським судом з прав людини і визнана ним неприйнятною у зв'язку з пропущенням шестимісячного терміну подання повідомлення до Європейського суду, то така скарга може бути визнана Комітетами прийнятною у зв'язку з відсутністю такої вимоги з боку Комітетів;

— Чи перешкоджає розгляду вашої скарги зроблене державою застереження до Факультативного протоколу? У надзвичайних випадках Комітет може вирішити, що конкретне застереження є неприпустимим, і розглядати повідомлення, незважаючи на заявлене застереження[1].

На окрему увагу заслуговує питання про те, стосовно кого можуть подаватися індивідуальні скарги. Відповідні міжнародні органи не приймають повідомлень, якщо вони стосуються держави, яка не є учасницею відповідного міжнародно-правового договору. Отже, індивідуальна скарга може стосуватися лише держави-учасниці. При цьому відповідачем за справою є держава в цілому (наприклад, Україна), а не будь-який посадовець, орган державної влади, юридична або

[1] *Права человека.* Процедура подачи и рассмотрения жалоб / Изложение фактов № 7. — Женева: ООН, 2002. - С. 12-15.

фізична особа. Передбачувані ж порушення міжнародно-правового договору можуть бути пов'язані як з діями або бездіяльністю державних службовців при виконанні ними своїх посадових обов'язків, так і мати відношення до дій окремих осіб або установ. В останньому випадку саме держава-учасниця є відповідачем за справою у зв'язку з тим, що вона не зуміла на виконання зобов'язань, викладених у міжнародно-правовому договорі, вжити належних превентивних заходів, заходів правового захисту, заходів з покарання правопорушників і заходів щодо відшкодування збитків.

Отже, для того, щоб індивідуальна скарга на порушення прав, які містяться у відповідному міжнародно-правовому договорі, могла бути визнана прийнятною і мала юридичну перспективу, вона повинна подаватися письмово і мати такі відомості, як-от: ім'я та прізвище, громадянство, дату народження позивача, а також зазначення держави-учасниці, проти якої подано повідомлення. Якщо повідомлення подається від імені іншої особи, то необхідно надати докази її згоди на це або обгрунтувати, чому воно подається без згоди цієї особи. У повідомленні мають викладатися факти, що обґрунтовують його, зокрема докази того, що позивач або особа, від імені якої подано повідомлення, особисто постраждав від застосування конкретного закону, програми, реалізації державної або місцевої політики, практики, що склалася, дій або бездіяльності відповідної держави-учасниці. У повідомленні у загальних рисах повинно бути викладено вжиті заходи, що вичерпали внутрішньодержавні засоби правового захисту, зазначені позови або скарги, подані до національних судових інстанцій або інших органів влади, а також дати і результат судових розглядів, або пояснено причини, через які це правило не може бути застосовано. В індивідуальній скарзі також має подаватися інформація про те, чи розглядалося те саме питання в межах іншої процедури міжнародного розгляду або врегулювання.

За загальним правилом, після отримання і реєстрації повідомлення Секретаріатом відповідного міжнародного органу воно виноситься на його обговорення. Повідомлення передається державі-учасниці, щоб вона вивчила його з погляду прийнятності і по суті. Держава-учасниця може ухвалити рішення оскаржити тільки прийнятність повідомлення, і в цьому випадку вона повинна подати відповідь протягом двох місяців. Відповіді щодо прийнятності і суті повідомлення мають бути подані протягом шести місяців. Після того, як держава-учасниця дала відповідь, для позивача встановлюється певний термін, протягом якого він може подати свої зауваження, після чого повідомлення буде подано до Комітету для прийняття рішення про його прийнятність.

Якщо Комітет ухвалює рішення про неприйнятність повідомлення, він інформує особу, яка подала повідомлення, і державу-учасницю. Справу може бути відкрито повторно, якщо буде надана додаткова інформація, яка свідчитиме про те, що причини, з яких повідомлення було визнано неприйнятним, більше не діють. Після ухвалення рішення про те, що повідомлення є прийнятним, Комітет переходить до розгляду його по суті і вирішує питання про те, чи справді мало місце порушення відповідного міжнародно-правового договору.

За результатами розгляду повідомлення Комітет ухвалює рішення, які відображають як вирішення питання про прийнятність звернення, так і вирішення справи по суті. Тобто, рішення містять підсумкову позицію Комітету щодо того, чи мало місце порушення прав, викладених у відповідному міжнародно-правовохгу договорі, у даній конкретній справі. У рекомендаціях Комітету може міститися прохання до відповідної держави-учасниці вжити конкретних заходів з метою усунення порушень відповідних положень.

У деяких випадках Комітети можуть у своєму рішенні поставити питання про компенсацію жертві порушеного права. Але, на відміну від Європейського суду з прав людини, Комітети ООН не називають конкретного розміру компенсації, а констатують, що жертві має бути виплачена компенсація без зазначення її суми. Тільки у справі *Лаптовича проти Білорусі* Комітет з прав людини вказав, якою повинна бути сума компенсації. У рішеннях Комітету з прав людини за кримінальними справами, як правило, прямо зазначається, що або особа повинна бути звільнена, або що її справа має бути переглянута, а не тільки констатується, що мало місце порушення.

Держава-учасниця повинна належним чином розглянути «думки» Комітету разом із його рекомендаціями і надати Комітету протягом шести місяців письмову відповідь, зокрема інформацію про будь-які заходи, вжиті з урахуванням думок і рекомендацій Комітету. Комітет може запропонувати державі-учасниці надати додаткову інформацію про будь-які заходи, вжиті державою-учасницею у відповідь на його думки або рекомендації.

Викладене вище можна зобразити схематично *(див. наступну стор.):*

Окрему проблему становить виконання рішень міжнародних судових установ чи відповідних органів міжнародних організацій, юрисдикція яких визнана Україною, у справах щодо порушення прав осіб з боку держави. Право кожного після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна, визнано абзацом 3 ст. 55 Конституції України.

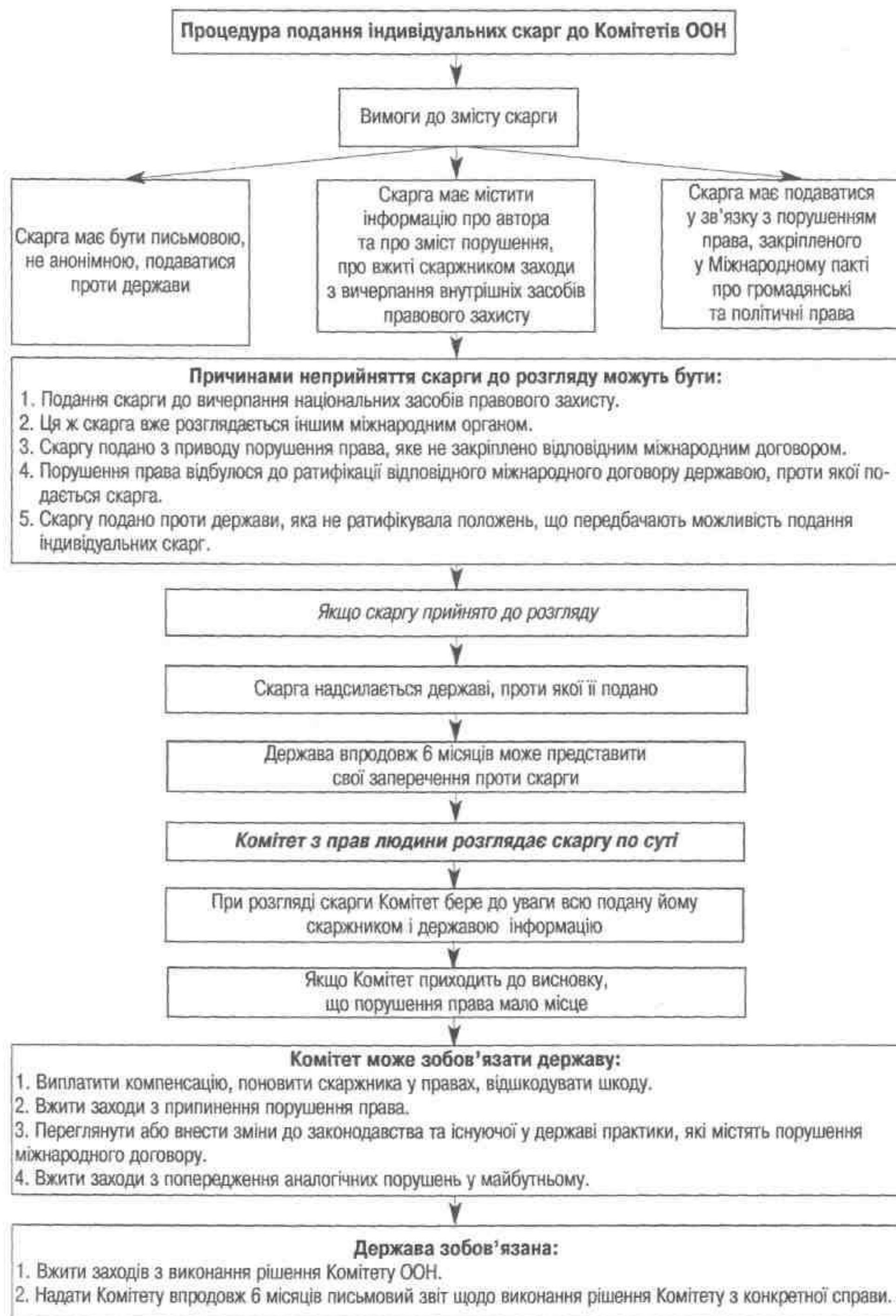
Такими міжнародними судовими установами та органами міжнародних організацій, юрисдикція яких визнана Україною, є:

—*Європейський суд з прав людини,* який створений згідно зі ст. 19 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., ратифікованої Законом України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17 липня 1997 р.;

—*Комітет ООН з прав людини,* уповноважений приймати та розглядати повідомлення від осіб чи груп осіб на порушення прав, передбачених Міжнародним пактом про громадянські та політичні права, згідно зі ст. 1 Першого факультативного протоколу до Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, обов'язковість якого для України визнана Постановою Верховної Ради Української РСР «Про приєднання Української Радянської Соціалістичної Республіки до Факультативного протоколу до Міжнародного пакту про громадянські та політичні права» від 25 грудня 1990 р. та Законом України «Про правонаступництво України» від 12 вересня 1991 р.;

—*Комітет проти катувань,* який уповноважений одержувати та розглядати повідомлення від осіб чи груп осіб на порушення прав, передбачених Конвенцією ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, відповідно до ст. 22 цієї Конвенції, яку ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 26 січня 1987 р., з поправками, прийнятими Постановою Верховної Ради України від 4 лютого 1994 р., що є чинною на території України відповідно до Закону України «Про правонаступництво України» від 12 вересня 1991 р.;

—*Комітет ООН по ліквідації расової дискримінації,* який уповноважений приймати та розглядати повідомлення від осіб чи груп осіб на порушення прав, передбачених Міжнародною конвенцією про ліквідацію всіх форм расової дис-



Процедура подання індивідуальних скарг до Комітетів ООН
Вимоги до змісту скарги
Скарга має бути письмовою, не анонімною, подаватися проти держави
Скарга має містити інформацію про автора та про зміст порушення, про вжиті скаржником заходи з вичерпання внутрішніх засобів правового захисту
Скарга має подаватися у зв'язку з порушенням права, закріпленого у Міжнародному пакті про громадянські та політичні права
Причинами неприйняття скарги до розгляду можуть бути:
1. Подання скарги до вичерпання національних засобів правового захисту.
2. Ця ж скарга вже розглядається іншим міжнародним органом.
3. Скаргу подано з приводу порушення права, яке не закріплено відповідним міжнародним договором.
4. Порушення права відбулося до ратифікації відповідного міжнародного договору державою, проти якої подається скарга.
5. Скаргу подано проти держави, яка не ратифікувала положень, що передбачають можливість подання індивідуальних скарг.
Якщо скаргу прийнято до розгляду
Скарга надсилається державі, проти якої її подано
Держава впродовж 6 місяців може представити свої заперечення проти скарги
Комітет з прав людини розглядає скаргу по суті
При розгляді скарги Комітет бере до уваги всю подану йому скаржником і державою інформацію
Якщо Комітет приходить до висновку, що порушення права мало місце
Комітет може зобов'язати державу:
1. Виплатити компенсацію, поновити скаржника у правах, відшкодувати шкоду.
2. Вжити заходи з припинення порушення права.
3. Переглянути або внести зміни до законодавства та існуючої у державі практики, які містять порушення міжнародного договору.
4. Вжити заходи з попередження аналогічних порушень у майбутньому.
Держава зобов'язана:
1. Вжити заходів з виконання рішення Комітету ООН.
2. Надати Комітету впродовж 6 місяців письмовий звіт щодо виконання рішення Комітету з конкретної справи.

кримінації, відповідно до ст. 14 цієї Конвенції, ратифікованої Президією Верховної Ради Української РСР 21 січня 1969 р., з поправками, прийнятими Постановою Верховної Ради України від 4 лютого 1994 р., що є чинною на території України відповідно до Закону України «Про правонаступництво України» від 12 вересня 1991 р.;

— *Комітет ООН по ліквідації дискримінації щодо жінок*, який уповноважений приймати та розглядати повідомлення від осіб чи груп осіб на порушення прав, передбачених Конвенцією про ліквідацію усіх форм дискримінації щодо жінок, відповідно до статей 2 Факультативного протоколу до Конвенції про ліквідацію усіх форм дискримінації щодо жінок, ратифікованого Законом України «Про ратифікацію Факультативного протоколу до Конвенції про ліквідацію усіх форм дискримінації щодо жінок» від 5 червня 2003 р.

Рішення міжнародних судових установ та органів міжнародних організацій, юрисдикція яких визнана Україною, в індивідуальних справах осіб щодо порушення їх прав з боку держави, мають обов'язкову юридичну силу. Згідно з Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» рішення Європейського суду з прав людини є обов'язковим для виконання Україною відповідно до ст. 46 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Умисне невиконання службовою особою рішення Європейського суду з прав людини тягне за собою відповідальність, передбачену ч. 3 ст. 382 КК України.

Необхідно виходити з того, що рішення в індивідуальних справах, ухвалені іншими міжнародними судовими установами чи відповідними органами міжнародних організацій, юрисдикція яких визнана Україною, виступають не волею цих органів чи установ, а волею самих міжнародних договорів, ратифікованих Україною, а отже, вони є обов'язковим для держав-учасниць через обов'язковість самих міжнародних договорів. Невиконання державою рішень відповідних міжнародних органів чи установ означає невиконання нею своїх міжнародно-правових зобов'язань та може потягти за собою застосовування щодо неї відповідних міжнародних санкцій.

Процесуальне законодавство України визначає процесуальні наслідки визнання судового рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, таким, що порушує міжнародні зобов'язання України.

Відповідно до п. 2 ст. 354 ЦПК України, судові рішення у цивільних справах можуть бути переглянуті Верховним Судом України у зв'язку з винятковими обставинами після їх перегляду у касаційному порядку, якщо вони оскаржені з мотивів визнання судового рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, таким, що порушує міжнародні зобов'язання України.

Статтею 355 ЦПК України передбачено, що скарга може бути подана протягом одного місяця з дня відкриття виняткових обставин. Днем відкриття виняткових обставин, передбачених п. 2 ст. 354 ЦПК України, слід вважати день ухвалення рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною. Якщо рішення міжнародної судової установи, юрисдикція якої визнана Україною, отримане особою, у справі якої воно ухвалене, пізніше, ніж у місячний термін з дня його ухвалення, ця обставина вважається поважною причиною для подовження строку подання скарги відповідно до ст. 73 ЦПК України.

Скарга у зв'язку з винятковими обставинами подається за правилами подання касаційних скарг у касаційному провадженні з урахуванням особливостей, передбачених Главою 3 ЦПК України.

Згідно зі ст. 358 ЦПК України, розглядаючи справу в порядку провадження у зв'язку з винятковими обставинами, Верховний Суд України має право:

1) постановити ухвалу про відхилення скарги і залишення рішення, ухвали без змін;

2) постановити ухвалу про повне або часткове скасування судового рішення і направити справу відповідно на новий розгляд у суд першої, апеляційної або касаційної інстанції;

3) постановити ухвалу про скасування судового рішення і залишити в силі судове рішення, що було помилково скасовано судом апеляційної або касаційної інстанції;

4) постановити ухвалу про скасування судових рішень і закрити провадження у справі або залишити заяву без розгляду;

5) скасувати судові рішення і ухвалити нове рішення по суті справи або змінити рішення, не передаючи справи на новий розгляд.

Статтею 360 ЦПК України передбачається, що ухвалені Верховним Судом України рішення або постановлені ним ухвали набирають законної сили з моменту їх проголошення і оскарженню не підлягають.

При цьому судам необхідно мати на увазі, що згідно зі ст. 10 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» з метою забезпечення відновлення порушених прав Стягувача (заявника до Європейського суду з прав людини у справі проти України, на користь якого постановлено рішенням Європейського суду з прав людини або з яким досягнуто дружнього врегулювання, чи його представника, чи його правонаступника або особи (групи осіб), на користь якої рішенням Європейського суду з прав людини визначено обов'язок України в міждержавній справі), крім виплати відшкодування, вживаються додаткові заходи індивідуального характеру, до яких належать:

а) відновлення настільки, наскільки це можливо, попереднього юридичного стану, який Стягувач мав до порушення Конвенції *(гезШиїїо іп іпіе^гит);*

б) заходи, передбачені в рішенні Суду про дружнє врегулювання.

Відновлення попереднього юридичного стану Стягувача здійснюється, зокрема, шляхом:

а) повторного розгляду справи судом, включаючи відновлення провадження у справі;

б) повторного розгляду справи адміністративним органом.

При перегляді судових рішень у цивільних справах у зв'язку з винятковими обставинами, якщо вони оскаржені з мотивів визнання судового рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, таким, що порушує міжнародні зобов'язання України, позиція відповідної міжнародної судової установи щодо порушеного права є обов'язковою. Ухвала Суду, винесена за результатами розгляду скарги у зв'язку з зазначеними винятковими обставинами, постановлена згідно зі ст. 358 ЦПК України, в будь-якому разі має відповідати позиції міжнародної судової установи, юрисдикція якої визнана Україною, та не може їй суперечити. Винесення ухвали, що за своїм змістом суперечить чи ставить під сумнів позицію відповідної міжнародної судової установи, означає невиконання Україною своїх міжнародно-правових зобов'язань, які, згідно із загальновизнаним міжнародно-правовим принципом належного виконання державами своїх зобов'язань, покладаються на всі гілки державної влади, у тому числі на судову.

Відповідно до ст. 360 ЦПК України, ухвалені Верховним Судом України рішення або постановлені ним ухвали набирають законної сили з моменту їх проголошення і оскарженню не підлягають. Судам слід мати на увазі, що це поло-

ження не позбавляє особу, стосовно якої постановлено ухвалу, у разі, якщо ухвала суду суперечить повністю чи частково рішенню відповідної міжнародної судової установи, права, після використання всіх національних засобів правового захисту, звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна, як передбачено абзацом 3 ст. 55 Конституції України.

Відповідно до п. 2 ст. 237 КАС України, судові рішення в адміністративних справах можуть бути переглянуті Верховним Судом України за винятковими обставинами, якщо вони оскаржені з мотивів визнання судових рішень міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, такими, що порушують міжнародні зобов'язання України.

Відповідно до ст. 242 КАС України, за наслідками провадження за винятковими обставинами більшістю голосів колегії суддів приймається одна з таких постанов Верховного Суду України:

1) про повне або часткове задоволення скарги;

2) про відмову в задоволенні скарги.

Судам слід мати на увазі, що, на відміну від ЦПК України, КАС України унеможливлює ухвалення постанови, що суперечить рішенню міжнародної судової установи, юрисдикція якої визнана Україною, що має сприяти виконанню Україною своїх міжнародно-правових зобов'язань. Пунктом 3 ст. 243 КАС України прямо передбачено, що Верховний Суд України задовольняє скаргу в разі визнання судового рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, таким, що порушує міжнародні зобов'язання України. При цьому Верховний Суд України може скасувати його повністю або в частині та направити справу на новий розгляд до суду першої, апеляційної чи касаційної інстанції залежно від того, суд якої інстанції першим допустив порушення міжнародних зобов'язань. Верховний Суд України може також скасувати судові рішення і прийняти нову постанову.

Слід звернути увагу, що, на відміну від цивільного процесуального законодавства, Кодексом адміністративного судочинства України прямо вказується на можливість оскарження постанови Верховного Суду України у випадку, якщо воно винесене у порядку перегляду судових рішень, які визнані міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, такими, що порушують міжнародні зобов'язання України. Відповідно до п. 3 ст. 242 КАС України, постанова Верховного Суду України є остаточною і не може бути оскаржена, крім випадку, встановленого п. 2 ст. 237 цього Кодексу.

Слід мати на увазі, що господарське процесуальне законодавство України також передбачає можливість перегляду рішень у господарських справах на підставі їх визнання міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, такими, що порушують міжнародні зобов'язання України. Відповідно до ст. ПІ^{14}, п. 3^{і} та п. 4 ст. ПІ^{15} ГПК України, сторони у справі та Генеральний прокурор України мають право оскаржити у касаційному порядку постанову Вищого господарського суду України, прийняту за наслідками перегляду рішення місцевого господарського суду, що набрало законної сили, чи постанови апеляційного господарського суду, а також ухвалу Вищого господарського суду України про повернення касаційної скарги (подання) до Верховного Суду України з мотивів невідповідності постанов чи ухвал міжнародним договорам, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також на підставі визнання постанов чи ухвал міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, такими, що порушують міжнародні зобов'язання України.

Статтею ПІ^{16} ГПК України передбачено, що касаційна скарга, касаційне подання Генерального прокурора України на постанову чи ухвалу Вищого господарського суду України можуть бути подані не пізніше одного місяця з дня її прийняття. При цьому судам слід мати на увазі, що у п. 2 ст. ПІ^{16} ГПК України прямо вказується, що у разі виникнення підстав для оскарження постанови чи ухвали Вищого господарського суду України після закінчення зазначеного строку Верховний Суд України зобов'язаний прийняти касаційну скаргу (подання) до свого провадження. Тобто, у разі подання скарги до Верховного Суду України на підставі ухвалення рішення про визнання постанов чи ухвал у господарських справах міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, такими, що порушують міжнародні зобов'язання України, у термін, що перевищує один місяць з дня їх прийняття, ця скарга має бути ним прийнята.

Відповідно до ст. ПІ^{18} ГПК України, Верховний Суд України за результатами розгляду касаційної скарги, касаційного подання Генерального прокурора України на постанову чи ухвалу Вищого господарського суду України має право:

1) залишити постанову чи ухвалу без змін, а скаргу (подання) без задоволення;

2) скасувати постанову і передати справу на новий розгляд до суду першої інстанції або скасувати ухвалу і передати справу на розгляд до Вищого господарського суду України;

3) скасувати постанову чи ухвалу і припинити провадження у справі.

Слід враховувати, що згідно зі ст. 111^{19} ГПК України однією з підстав для скасування постанов чи ухвал Вищого господарського суду України є їх невідповідність міжнародним договорам, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. При цьому ухвалення рішення про визнання постанов чи ухвал у господарських справах міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, такими, що порушують міжнародні зобов'язання України, має розглядатися як визнання невідповідності цих постанов та ухвал міжнародним договорам, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України та вважатися підставою для їх скасування Верховним Судом України.

Статтею 111^{20} ГПК України, передбачається, що за результатами розгляду касаційної скарги на постанову чи ухвалу Вищого господарського суду України ухвалюється постанова Верховного Суду України. Згідно з п. 3 ст. 111^{20} ГПК України Постанова Верховного Суду України є остаточною і оскарженню не підлягає. При цьому судам слід мати на увазі, що це положення не позбавляє особу, стосовно якої винесено постанову, у разі, якщо вона суперечить повністю чи частково рішенню відповідної міжнародної судової установи, права, після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна, як це передбачено абзацом 3 ст. 55 Конституції України.

КПК України не передбачає права оскарження судових рішень у зв'язку з винятковими обставинами. Судам слід мати на увазі, що відсутність у кримінально-процесуальному законодавстві положень, що регулюють провадження за винятковими обставинами, не означає, що в разі визнання міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, судового рішення у справі, що розглядалася в межах кримінального процесу, таким, що порушує міжнародні зобов'язання України, таке рішення міжнародної установи не породжує обов'язку переглянути відповідні рішення національних судів у межах національної правової системи та забезпечити відновлення порушених прав та свобод осіб. Такий підхід підтверджується положеннями Закону України «Про виконання рішень та

застосування практики Європейського суду з прав людини». У статті 10 цього Закону, де повторний розгляд справи судом, включаючи відновлення провадження у справі, визначається як шлях відновлення попереднього юридичного стану Стягувача, йдеться про виконання рішень Європейського суду з прав людини з будь-якої категорії справ, у тому числі й кримінальних, що розглядалися в межах кримінального процесу, й, відповідно, можуть бути переглянуті лише у порядку кримінального судочинства України. Таким чином, у разі визнання міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, судового рішення у кримінальній справі таким, що порушує міжнародні зобов'язання України, таке рішення має бути переглянуто в порядку виключного провадження згідно з положеннями глави 32 КПК України.

4.8. Право на житло згідно з Конституцією України. Правова допомога адвоката із захисту прав та законних інтересів громадян щодо дотримання цього права.

Стаття 47 Конституції України гарантує кожному право на житло. Держава створює умови, за яких кожний громадянин матиме змогу побудувати житло, придбати його у власність або взяти в оренду.

Громадянам, які потребують соціального захисту, житло надається державою та органами місцевого самоврядування безоплатно або за доступну для них плату відповідно до закону.

Ніхто не може бути примусово позбавлений житла інакше як на підставі закону за рішенням суду.

Крім того, відповідно до ст. 48 Основного Закону нашої держави, кожен має право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло.

Право громадян на житло закріплює також ст. 1 Житлового кодексу України (далі — ЖК України).

Основними формами реалізації конституційного права на житло є:

—будівництво житла;

—придбання житла у власність;

—оренда житла;

—безкоштовне отримання житла.

Придбання житла у власність здійснюється відповідно до цивільного законодавства України на підставі договорів купівлі-продажу, дарування, довічного утримання, а також на підставі отримання житла у спадщину.

Так, за договором довічного утримання (догляду) одна сторона (відчужувач) передає другій стороні (набувачеві) у власність житловий будинок, квартиру або їх частину, інше нерухоме майно або рухоме майно, яке має значну цінність, взамін чого набувач зобов'язується забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом довічно (ст. 744 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України)).

Глава 59 ЦК України, регламентує порядок найму (оренди) житла. Відповідно до ст. 810 ЦК України за договором найму (оренди) житла одна сторона — власник житла (наймодавець) передає або зобов'язується передати другій стороні (наймачеві) житло для проживання у ньому на певний строк за плату.

Зазначеною главою ЦК України регулюється, насамперед, порядок, умови укладення та припинення договору найму житла, що є об'єктом приватної влас-

ності, оскільки підстави, умови, порядок укладення та припинення договору найму житла, що є об'єктом права державної або комунальної власності, встановлюються законом. До договору найму житла, крім найму житла, що є об'єктом права державної або комунальної власності, застосовуються положення Цивільного кодексу України, якщо інше не встановлено законом.

Договір найму житла укладається у письмовій формі.

Предметом договору найму житла можуть бути помешкання, зокрема квартира або її частина, житловий будинок або його частина. Помешкання має бути придатним для постійного проживання у ньому. Наймач житла у багатоквартирному житловому будинку має право користування майном, що обслуговує будинок.

Сторонами у договорі найму житла можуть бути фізичні та юридичні особи. Якщо наймачем є юридична особа, вона може використовувати житло лише для проживання у ньому фізичних осіб. У разі зміни власника житла, переданого у найм, до нового власника переходять права та обов'язки наймодавця.

Наймач зобов'язаний використовувати житло лише для проживання у ньому, забезпечувати збереження житла та підтримувати його в належному стані. Наймач не має права провадити перевлаштування та реконструкцію житла без згоди наймодавця.

Наймач зобов'язаний своєчасно вносити плату за житло. Наймач зобов'язаний самостійно вносити плату за комунальні послуги, якщо інше не встановлено договором найму.

Відповідно до ст. 61 ЖК України, користування жилим приміщенням у будинках державного і громадського житлового фонду здійснюється відповідно до договору найму жилого приміщення.

Договір найму жилого приміщення в будинках державного і громадського житлового фонду укладається в письмовій формі на підставі ордера на жиле приміщення між наймодавцем — житлово-експлуатаційною організацією (а в разі її відсутності — відповідним підприємством, установою, організацією) і наймачем — громадянином, на ім'я якого видано ордер.

Предметом договору найму жилого приміщення в будинках державного і громадського житлового фонду є окрема квартира або інше ізольоване жиле приміщення, що складається з однієї чи кількох кімнат, а також одноквартирний жилий будинок.

Важливою гарантією конституційного права на житло є можливість приватизації житла. Правові основи приватизації житла, що знаходиться в державній власності, його подальшого використання і утримання визначає Закон України «Про приватизацію державного житлового фонду» (прийнятий Верховною Радою України 19 червня 1992 р.).

Відповідно до цього Закону, метою приватизації державного житлового фонду є створення умов для здійснення права громадян на вільний вибір способу задоволення потреб у житлі, залучення громадян до участі в утриманні і збереженні існуючого житла та формування ринкових відносин.

Приватизація державного житлового фонду — це відчуження квартир (будинків), кімнат у квартирах та одноквартирних будинках, де мешкають два і більше наймачів, та належних до них господарських споруд і приміщень (підвалів, сараїв і т.ін.) державного житлового фонду на користь громадян України.

Державний житловий фонд — це житловий фонд місцевих Рад народних депутатів та житловий фонд, який знаходиться у повному господарському віданні чи оперативному управлінні державних підприємств, організацій, установ.

До *об'єктів приватизації* належать квартири багатоквартирних будинків, одноквартирні будинки, кімнати у квартирах та одноквартирних будинках, де мешкають два і більше наймачів (далі — квартири (будинки)), які використовуються громадянами на умовах найму.

Не підлягають приватизації: квартири-музеї; квартири (будинки), розташовані на територіях закритих військових поселень, підприємств, установ і організацій, природних та біосферних заповідників, національних парків, ботанічних садів, дендрологічних, зоологічних, регіональних ландшафтних парків, парків-пам'яток садово-паркового мистецтва, історико-культурних заповідників, музеїв-заповідників; кімнати в гуртожитках; квартири (будинки), які перебувають в аварійному стані (в яких неможливо забезпечити безпечне проживання людей); квартири (кімнати, будинки), віднесені у встановленому порядку до числа службових, а також квартири (будинки), розташовані в зоні безумовного (обов'язкового) відселення, забрудненій внаслідок аварії на Чорнобильській АЕС.

4.9. Оскарження до суду рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, місцевого самоврядування, посадових та службових осіб. Правові підстави для виконання адвокатом доручень із захисту порушення вказаних дій.

Оскарження до суду рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, місцевого самоврядування, посадових та службових осіб відбувається у порядку, передбаченому Кодексом адміністративного судочинства України.

До адміністративних судів можуть бути оскаржені будь-які рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів владних повноважень, крім випадків, коли щодо таких рішень, дій чи бездіяльності Конституцією чи законами України встановлено інший порядок судового провадження.

У справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони:

1) на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України;
2) з використанням повноваження з метою, з якою це повноваження надано;
3) обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії);
4) безсторонньо (неупереджено);
5) добросовісно;
6) розсудливо;
7) з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи несправедливій дискримінації;
8) пропорційно, зокрема з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія);
9) з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення;
10) своєчасно, тобто протягом розумного строку.

Компетенція адміністративних судів поширюється на:

1) спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності;
2) спори з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби;

3) спори між суб'єктами владних повноважень з приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління, у тому числі делегованих повноважень, а також спори, які виникають з приводу укладання та виконання адміністративних договорів;

4) спори за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, встановлених законом;

5) спори щодо правовідносин, пов'язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму.

Компетенція адміністративних судів не поширюється на публічно-правові справи:

1) що віднесені до юрисдикції Конституційного Суду України;

2) що належить вирішувати в порядку кримінального судочинства;

3) про накладення адміністративних стягнень;

4) щодо відносин, які відповідно до закону, статуту (положення) об'єднання громадян віднесені до його внутрішньої діяльності або виключної компетенції.

До адміністративного суду має право звернутися з адміністративним позовом особа, яка вважає, що порушено її права, свободи чи інтереси у сфері публічно-правових відносин. Суб'єкт владних повноважень має право звернутися до адміністративного суду у випадках, встановлених законом.

4.10. Правовідносини, на які поширюється і на які не поширюється юрисдикція судів. Умови призначення на посаду судді. Звільнення суддів з посади.

Відповідно до Конституції України, юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі.



Суддями спеціалізованих судів можуть бути особи, які мають фахову підготовку з питань юрисдикції цих судів. Ці судді відправляють правосуддя лише у складі колегій суддів.

Додаткові вимоги до окремих категорій суддів щодо стажу, віку та їх професійного рівня встановлюються законом.

Згідно з конституційним положенням перше призначення на посаду професійного судді строком на п'ять років здійснюється Президентом України. Всі інші судді, крім суддів Конституційного Суду України, обираються Верховною Радою України безстроково, в порядку, встановленому законом.

Голова Верховного Суду України обирається на посаду та звільняється з посади шляхом таємного голосування Пленумом Верховного Суду України в порядку, встановленому законом.

Отже, судді обіймають посади безстроково, крім суддів Конституційного Суду України та суддів, які призначаються на посаду судді вперше.

Суддя може бути звільнений з посади органом, що його обрав або призначив, лише у разі:

1) закінчення строку, на який його обрано чи призначено;
2) досягнення суддею 65 років;
3) неможливості виконувати свої повноваження за станом здоров'я;
4) порушення суддею вимог щодо несумісності;
5) порушення суддею присяги;
6) набрання законної сили обвинувальним вироком щодо нього;
7) припинення його громадянства;
8) визнання його безвісно відсутнім або оголошення померлим;
9) подання суддею заяви про відставку або про звільнення з посади за власним бажанням.

Повноваження судді припиняються у разі його смерті.

4.11. Право на освіту та охорону здоров'я. Правова допомога адвоката з дотримання зазначених конституційних гарантій громадян.

Право на освіту гарантовано ст. 26 Загальної декларації з прав людини та ст. 13 Міжнародного Пакту про економічні, соціальні та культурні права. У цих документах обговорюються умови повної реалізації права на освіту: обов'язкова і безкоштовна початкова освіта для всіх; доступність середньої, професійно-технічної та вищої освіти; свобода батьків вибирати школи для своїх дітей і забезпечувати релігійне та етичне виховання дітей відповідно до власних переконань. Окремі особи та установи мають право створювати приватні навчальні заклади і керувати ними тільки за умови відповідності освіти в них мінімуму вимог, установлених державою. Крім того, стаття, що коментується, кореспондує положенням Конвенції про боротьбу з дискримінацією в галузі освіти. Відповідно до ст. 1 цієї Конвенції, поняття «дискримінація» охоплює будь-яку різницю, виключення, обмеження або перевагу за ознакою раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного або соціального походження, економічного становища або народження, яке має на меті або слідством знищення або порушення рівності відносин у галузі освіти, зокрема: а) закриття для будь-якої особи або групи осіб доступу до освіти будь-якого ступеня або типу; Ь) обмеження освіти для будь-якої особи або групи осіб більш низьким рівнем освіти; с) створення або збереження роздільних систем освіти або навчальних закладів для будь-яких осіб або групи осіб, крім випадків, передбачених положенням ст. 2 цієї Конвенції; *д)* положення, несумісне з гідністю людини, в яке ставиться будь-яка особа або група осіб. Конвенція про боротьбу з дискримінацією в галузі освіти спрямована на надання всім рівних можливостей в отриманні освіти «без жодної різниці, виключення або переваги за ознакою раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного або соціального походження, економічного становища або народження». З цією метою, згідно зі ст. 4 Конвенції про боротьбу з дискримінацією в галузі освіти, держави зобов'язуються: а) зробити початкову освіту

обов'язковою і безкоштовною; зробити середню освіту в різних її формах загальним надбанням та забезпечити її загальнодоступність; зробити вищу освіту доступною для всіх на засадах повної рівності і залежно від здібностей кожного; забезпечити дотримання передбаченої законом обов'язковості навчання; Ь) забезпечити в усіх державних навчальних закладах рівного ступеня однаковий рівень освіти та рівні умови щодо якості навчання; с) заохочувати і розвивати відповідними методами освіти осіб, які не здобули початкової освіти або які не закінчили її, та продовження їх освіти відповідно до здібностей кожного; *6)* забезпечити без дискримінації підготовку до викладацької професії.

Важливість отримання освіти дітьми підкреслена також у Конвенції про права дитини від 20 листопада 1989 р. (ратифікована Україною 27 лютого 1991 р.).

Декларація ООН закликає забезпечити для дітей у всьому світі як хлопчиків, так і дівчаток, можливість одержувати в повному обсязі початкову шкільну освіту і мати рівний доступ до всіх рівнів освіти.

Конституція України відповідає міжнародним стандартам у сфері освіти. Відповідно до ст. 53 Конституції України, повна середня освіта є обов'язковою. Держава забезпечує доступність і безкоштовність дошкільної, повної загальної середньої, професійно-технічної, вищої та післядипломної освіти, різних форм навчання, надання державних стипендій та пільг учням і студентам. Громадяни мають право безкоштовно здобувати вищу освіту в державних і комунальних навчальних закладах.

Стаття 53 Конституції України закріплює за кожним право на освіту. Повна загальна середня освіта є обов'язковою.

Державні гарантії реалізації права на освіту:

1. Відповідно до Конституції держава забезпечує:

— доступність і безоплатність дошкільної, повної загальної середньої, професійно-технічної, вищої освіти в державних і комунальних навчальних закладах;

— розвиток дошкільної, повної загальної середньої, позашкільної, про фесійно-технічної, вищої і післядипломної освіти, різних форм навчання;

—надання державних стипендій та пільг учням і студентам;

—громадянам можливість безоплатно здобути вищу освіту в державних і комунальних навчальних закладах на конкурсній основі;

—право на навчання рідною мовою чи на вивчення рідної мови у державних і комунальних навчальних закладах або через національні культурні товариства громадянам, які належать до національних меншин, відповідно до закону гарантується.

2. Для дітей-сиріт і дітей, які залишилися без піклування батьків, створюють ся школи-інтернати, дитячі будинки, у тому числі сімейного типу, з повним дер жавним утриманням.

3. Для дітей, які потребують тривалого лікування, створюються дошкільні навчальні заклади, загальноосвітні санаторні школи-інтернати, дитячі будинки. Навчальні заняття з такими дітьми проводяться також у лікарнях, санаторіях, вдома.

4. Для осіб, які мають вади у фізичному чи розумовому розвитку і не можуть навчатися в масових навчальних закладах, створюються спеціальні загальноосвітні школи-інтернати, школи, дитячі будинки, дошкільні та інші навчальні заклади з утриманням за рахунок держави.

5. Для дітей і підлітків, які потребують особливих умов виховання, створюються загальноосвітні школи і професійно-технічні училища соціальної реабілітації.

6. Держава забезпечує умови для одержання учнями і молоддю позашкільної освіти.

7. Громадяни, які потребують соціальної допомоги і реабілітації, а також громадяни, які навчаються окремим професіям за переліком, визначеним Кабінетом Міністрів України, можуть отримувати професію не маючи базової загальної середньої освіти.

8. Учні державних професійно-технічних навчальних закладів із числа дітей-сиріт, дітей, позбавлених батьківського піклування, і дітей, які потребують особливих умов виховання, перебувають на повному утриманні держави, інші учні зазначених навчальних закладів забезпечуються безкоштовним харчуванням і стипендією. Порядок повного державного утримання та забезпечення учнів державних професійно-технічних навчальних закладів безкоштовним харчуванням і стипендією визначається Кабінетом Міністрів України.

Правове регулювання відносин у галузі освіти грунтується на законах України «Про освіту» від 23 березня 1996 р., «Про дошкільну освіту» від 12 липня 2001 р., «Про позашкільну освіту» від 22 червня 2002 р., «Про професійно-технічну освіту» від 10 лютого 1998 р., «Про вищу освіту» від 17 січня 2002 р. Фінансування освіти здійснюється відповідно до Закону України «Про Державний бюджет України».

Право на освіту забезпечується з боку держави:

—розгалуженою мережею навчальних закладів, заснованих на державній та комунальній формах власності, наукових установ, закладів післядипломної освіти;

—відкритим характером освіти, створенням умов для вільного вибору профілю навчання відповідно до здібностей та інтересів громадянина; різними формами навчання.

Освіта в Україні ґрунтується на засадах гуманізму, демократії, національної свідомості, взаємоповаги між націями і народами.

Громадяни України мають право на безкоштовну освіту в усіх державних навчальних закладах незалежно від статі, раси, національності, соціального і майнового стану, роду та характеру занять, світоглядних переконань, належності до партій, ставлення до релігії, віросповідання, стану здоров'я, місця проживання та інших обставин.

Основними принципами освіти в Україні є:

—доступність для кожного громадянина всіх форм і типів освітніх послуг, що надаються державою;

—рівність умов кожної людини для повної реалізації її здібностей, таланту, всебічного розвитку;

—гуманізм, демократизм, пріоритетність загальнолюдських духовних цінностей;

—органічний зв'язок зі світовою та національною історією, культурою, традиціями;

— незалежність освіти від політичних партій, громадських і релігійних організацій;

—науковий, світський характер освіти;

—інтеграція з наукою і виробництвом;

—взаємозв'язок з освітою інших країн;

—гнучкість і прогностичність системи освіти;

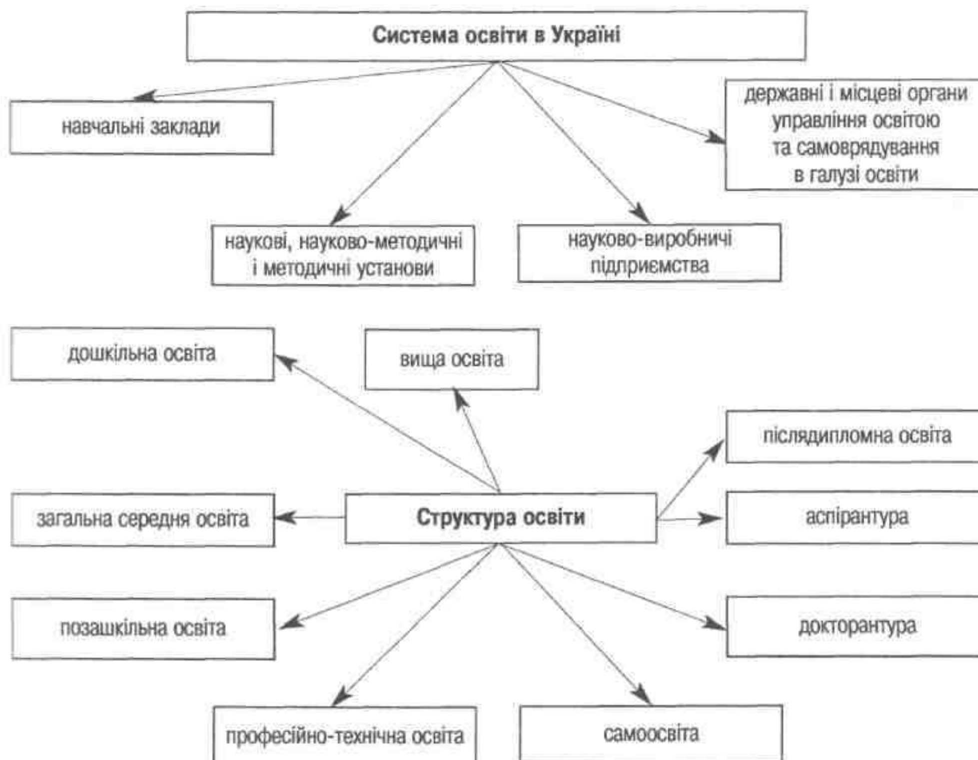
—єдність і наступність системи освіти;

—безперервність і різноманітність освіти;

—поєднання державного управління і громадського самоврядування в освіті.

Навчально-виховний процес у навчальних закладах є вільним від втручання політичних партій, громадських, релігійних організацій.

Залучення учнів, студентів до участі в політичних акціях і релігійних заходах під час навчально-виховного процесу не допускається.



Належність особи до будь-якої політичної партії, громадської, релігійної організації, що діють відповідно до Конституції України, не є перешкодою для її участі в навчально-виховному процесі.

Учні, студенти, працівники освіти можуть створювати у навчальних закладах первинні осередки об'єднань громадян, членами яких вони є.

Навчальні заклади в Україні незалежно від форм власності відокремлені від церкви (релігійних організацій), мають світський характер, крім навчальних закладів, заснованих релігійними організаціями.

Важливість досягнення рівноправності у сфері освіти обумовлюється місцем та метою освіти в житті суспільства. Відповідно до Закону України «Про освіту», освіта — основа інтелектуального, культурного, духовного, соціального, економічного розвитку суспільства та держави. Метою освіти є всебічний розвиток людини як особистості та найвищої цінності суспільства, розвиток її талантів, розумових та фізичних здібностей, виховання високих моральних якостей, формування громадян, здатних до свідомого суспільного вибору, збагачення на цій основі інтелектуального, творчого, культурного потенціалу народу, підвищення освітнього рівня народу, забезпечення народного господарства кваліфікованими фахівцями.

Відповідно до ч. 1 ст. ЗО Закону України «Про освіту», в Україні встановлюються такі освітні рівні: початкова загальна освіта, середня загальна освіта (базова та повна), професійно-технічна освіта, вища освіта (базова та повна).

Початкову загальну освіту становить система дошкільної освіти. Згідно з ч. 2 ст. 4 Закону України «Про дошкільну освіту», дошкільна освіта — цілісний про-



цес, спрямований на забезпечення різнобічного розвитку дитини дошкільного віку відповідно до її задатків, нахилів, здібностей, індивідуальних, психічних та фізичних особливостей, культурних потреб; формування у дитини дошкільного віку моральних норм, набуття нею життєвого соціального досвіду.

Відповідно до ст. 3 Закону України «Про загальну середню освіту», загальна середня освіта — це цілеспрямований процес оволодіння систематизованими знаннями про природу, людину, суспільство, культуру та виробництво засобами пізнавальної і практичної діяльності, результатом якого є інтелектуальний, соціальний і фізичний розвиток особистості, що є основою для подальшої освіти і трудової діяльності.

Згідно зі ст. 3 Закону України «Про професійно-технічну освіту», професійно-технічна освіта є комплексом педагогічних та організаційно-управлінських заходів, спрямованих на забезпечення оволодіння громадянами знаннями, уміннями і навичками в обраній ними галузі професійної діяльності, розвиток компетентності та професіоналізму, виховання загальної і професійної культури.

Частина 1 ст. 1 Закону України «Про вищу освіту» визначає вищу освіту як рівень освіти, який здобувається особою у вищому навчальному закладі в результаті послідовного, системного та цілеспрямованого процесу засвоєння змісту навчання, який ґрунтується на повній загальній середній освіті й завершується здобуттям певної кваліфікації за підсумками державної атестації.

Згідно з ч. 1 ст. 3 Закону України «Про освіту» громадяни України мають право на безкоштовну освіту в усіх державних навчальних закладах незалежно від статі. раси, національності, соціального і майнового стану, роду та характеру занять, світоглядних переконань, належності до партій, ставлення до релігії, віросповідання, стану здоров'я, місця проживання та інших обставин. Схожа норма закріплена в ч. 1 ст. 9 Закону України «Про дошкільну освіту», в ч. 1 ст. 6 Закону України «Про загальну середню освіту», в ч. 1 ст. 9 Закону України «Про позашкільну освіту», в ч. 1 ст. 5 Закону України «Про професійно-технічну освіту», в ч. 1 ст. 4 Закону України «Про вищу освіту», хоча останні два закони не декларують заборону дискримінації за ознакою статі, обмежуючись загальною фразою про право громадян України на відповідний вид освіти. Серед основних принципів освіти в Україні ч. 1 ст. 6 Закону України «Про освіту» виділяє доступність для кожного громадянина всіх форм і типів освітніх послуг, що надаються державою, а також рівність умов для кожної людини з метою повної реалізації її здібностей, таланту, всебічного розвитку.

Державна національна програма «Освіта» (Україна XXI ст.), затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 3 листопада 1993 р., до пріоритетних напрямів реформування освіти відносить створення умов для задоволення освітніх та професійних потреб і надання можливостей кожному громадянину України постійно вдосконалювати свою освіту, підвищувати професійний рівень, оволодівати новими спеціальностями.

Питання доступності і безоплатності освіти стало предметом розгляду Конституційного Суду України. Це питання розглядалося за конституційним поданням 50 народних депутатів України, які звернулися до єдиного органу конституційної юрисдикції за офіційним тлумаченням положень ч. 3 ст. 53 Конституції України «держава забезпечує доступність і безоплатність дошкільної, повної загальної середньої, професійно-технічної, вищої освіти в державних і комунальних навчальних закладах». Відповідне рішення Конституційного Суду України було прийняте 4 березня 2004 р. № 5-рп/2004 (Справа № 1-4/2004). Приводом для розгляду справи відповідно до ст. 39 Закону України «Про Конституційний Суд України» стало конституційне подання народних депутатів України. Підставою хтя розгляду справи згідно зі ст. 93 Закону України «Про Конституційний Суд України» стала практична необхідність в офіційній інтерпретації зазначених положень ч. 3 ст. 53 Конституції України.

У конституційному поданні, по-перше, наголошувалося, що хоча прийом дітей у дошкільні навчальні заклади проводиться за бажанням батьків або осіб, які їх замінюють (ст. 34 Закону України «Про освіту»), це не звільняє державу від зобов'язання «забезпечити обов'язкову початкову освіту», оскільки міжнародні акти «гарантують права дітей на дошкільну освіту».

Крім того, народні депутати України стверджували, що недостатнє державне фінансування та скорочення у зв'язку з цим мережі державних і комунальних дошкільних освітніх закладів призвело до того, що громадяни, не маючи можливості влаштувати дітей у ці заклади через їх недостатню кількість у певному населеному пункті, водночас не спроможні оплатити дошкільну освіту в закладах іншої форми власності.

По-друге, народні депутати України просили роз'яснити, чи включає гарантована ч. 3 ст. 53 Конституції України безоплатність повної загальної середньої освіти в державних і комунальних навчальних закладах «обов'язок держави фінансувати витрати на забезпечення процесу навчання».

По-третє, суб'єкт права на конституційне подання зазначав, що «ч. 3 ст. 53 Конституції України не передбачає виключень з конституційного права на безоплатне здобуття вищої освіти в державних і комунальних навчальних закладах», тому звертається за роз'ясненням, чи «обсяг безоплатної вищої освіти (на конкурсній основі) обмежується виключно обсягом державного замовлення» або ж «чи є пріоритетним для державних і комунальних навчальних закладів забезпечення права громадян безоплатно здобувати вищу освіту».

Президент України у листі до Конституційного Суду України зазначив, що держава забезпечує здобуття безоплатної освіти лише у дошкільних та загальноосвітніх навчальних закладах державної і комунальної форм власності. У навчальних закладах інших форм власності держава забезпечує розвиток освіти не шляхом їх фінансування, а засобами державного управління, які визначені у законодавстві про освіту.

Президент України висловив думку, що положення ч. 3 ст. 53 Конституції України, яке стосується вищої освіти, та положення частини четвертої цієї статті про конкурсну основу її здобуття слід розглядати з урахуванням положень ч. 2

ст. 43, ч. 2 ст. 95 Конституції України, тобто безоплатне здобуття вищої освіти за рахунок державних коштів здійснюється «лише для суспільних потреб, які визначаються обсягом державного замовлення на підготовку фахівців».

На думку Голови Верховної Ради України, державні гарантії доступності і безоплатності освіти у державних і комунальних навчальних закладах визначаються переважно фінансово-економічною спроможністю держави, проте бюджетні асигнування на освіту держава зобов'язана забезпечувати у розмірі не менше 10 % національного доходу.

Держава і територіальна громада, як зазначалося у листі Голови Верховної Ради України до Конституційного Суду України, зобов'язані забезпечити фінансування дошкільних та загальноосвітніх навчальних закладів як їх власники. Разом з тим законодавством України не заборонено залучення державними і комунальними закладами освіти додаткових джерел фінансування, зокрема за надання додаткових освітніх послуг. Такий же обов'язок щодо фінансування цих навчальних закладів лежить на власниках, які самостійно повинні вирішувати питання їх реорганізації та фінансування, у тому числі дошкільних навчальних закладів, створених колишніми державними підприємствами та організаціями.

Голова Верховної Ради України звернув увагу на те, що «метою здобуття вищої освіти в Україні є забезпечення потреб суспільства і держави у кваліфікованих фахівцях», а також те, що «вищі навчальні заклади можуть здійснювати прийом студентів та слухачів у межах чисельності, обумовленої ліцензією, з оплатою вартості навчання на договірній основі».

Комітет Верховної Ради України з питань науки і освіти, Комітет Верховної Ради України з питань прав людини, національних меншин і міжнаціональних відносин стверджували, що обсяг безоплатної вищої освіти в навчальних закладах державної і комунальної форм власності (на конкурсній основі в межах ліцензованого обсягу) регулюється державним замовленням і фінансується за рахунок коштів державного та місцевого бюджетів. Положення частин 2, 3 ст. 53 Конституції України не покладають на державу обов'язку фінансування навчальних закладів інших форм власності.

Позиція Кабінету Міністрів України, Міністерства юстиції України, Міністерства освіти і науки України, Міністерства фінансів України полягала в тому, що національним законодавством України реалізовано положення Конституції України щодо забезпечення доступності і безоплатності всіх видів освіти у державних і комунальних навчальних закладах. Забезпечення фінансування зазначених у ч. 3 ст. 53 Конституції України видів освіти здійснюється за відповідними державними стандартами і нормативами за рахунок бюджетних асигнувань.

Вирішуючи справу про офіційне тлумачення положень ч. 3 ст. 53 Конституції України щодо забезпечення державою доступності і безоплатності освіти в державних і комунальних навчальних закладах, Конституційний Суд України виходив з того, що Україна є демократичною, соціальною, правовою державою, в якій людина визнається найвищою соціальною цінністю. Права та свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, головним обов'язком якої є утвердження і забезпечення прав і свобод людини (статті 1, 3 Конституції України). Освіта визнається однією з пріоритетних сфер соціально-економічного, духовного та культурного розвитку суспільства. Право на освіту — це право людини на здобуття певного обсягу знань, культурних навичок, професійної орієнтації, які необхідні для нормальної життєдіяльності в умовах сучасного суспільства. Освіта — це цілеспрямований процес виховання і

навчання з метою набуття встановлених державою освітніх рівнів. За положення-: ст. 53 Конституції України право на освіту гарантовано кожному (ч. 1); держава забезпечує доступність і безоплатність дошкільної, повної загальної середньої, професійно-технічної, вищої освіти в державних і комунальних навчальних закладах (ч. 3). Право на освіту гарантується кожній людині на принципах рівності, визначених ст. 24 Конституції України. Визнання права кожної людини на освіту зідповідає, зокрема, Загальній декларації прав людини (ст. 26), Міжнародному пакту про економічні, соціальні та культурні права (ст. 13).

Розглядаючи порушені у конституційному поданні питання, Конституційний Суд України вважав, що при тлумаченні терміна «доступність» стосовно освіти в державних і комунальних навчальних закладах слід виходити із граматичного визначення слова «доступність» як «доступ для всіх отримати, користуватися, придбати щось», «відповідність силам, здібностям, можливостям кого-небудь».

Системний аналіз положень Конституції України, в яких вживається термін - поступність», дає підстави для висновку, що поняття «доступність освіти» у ч. 3 ст. 53 Конституції України означає створення державою можливостей для реалізації права людини на освіту. При цьому необхідно зазначити, що доступність пошкільної і загальної середньої освіти є гарантією права кожного на здобуття такої освіти, якому кореспондує обов'язок держави забезпечити реалізацію цього права. Доступність вищої освіти в державних і комунальних навчальних закладах полягає у створенні державою відповідних умов для їх функціонування і розвитку, за яких особа змогла б реалізувати своє право на здобуття вищої освіти на основі конкурсного відбору, з урахуванням своїх здібностей та інтересів у вільному зиборі типу вищого навчального закладу, напряму підготовки і спеціальності, профілю навчання.

Таким чином, виходячи із змісту поняття «доступність», яке вживається у положеннях Основного Закону України, відповідних законах про освіту, інших нормативно-правових актах, Конституційний Суд України вважав, що поступність освіти за конституційно-правовим смислом необхідно розуміти так, піо нікому не може бути відмовлено у праві на освіту, і держава має створити можливості реалізувати це право.

Аналізуючи положення статей Основного Закону України, де вживається термін «безоплатність», а також виходячи з тлумачення цього терміна в Рішенні Конституційного Суду України від 29 травня 2002 р. № 10-рп/2002 (справа про безоплатну медичну допомогу) Конституційний Суд України дійшов висновку, що «безоплатність» зазначених у положеннях ч. 3 ст. 53 Конституції України рівнів освіти у державних і комунальних навчальних закладах слід розуміти як можливість здобуття освіти у цих закладах без оплати, тобто без внесення плати у будь-якій формі за освітні послуги, відповідно до державного стандарту в межах тих видів освіти, безоплатність яких визначена у цих положеннях. Забезпечення безоплатності освіти на всіх рівнях є однією з гарантій її доступності. Безоплатність здобуття громадянами освіти забезпечується фінансуванням навчальних закладів цих форм власності за рахунок державних і місцевих бюджетних асигнувань згідно з визначеними законами та іншими правовими актами нормативами їх фінансового і матеріально-технічного забезпечення, що, однак, не виключає можливості фінансування галузі освіти за рахунок розвитку позабюджетних механізмів залучення додаткових коштів, як це визначено законодавством про освіту.

Стосовно порушеного у конституційному поданні питання про застосування положень ст. 53 Конституції України, за якими держава має забезпечити до-

ступність і безоплатність здобуття дошкільної освіти, зокрема щодо влаштування дітей у дошкільні навчальні заклади державної і комунальної форм власності, Конституційний Суд України виходив з такого. Аналіз положень статей Конституції України (статті 51—53) та прийнятих на їх реалізацію законів України про освіту свідчить, що хоча відповідно до Закону України «Про освіту» прийом дітей у дошкільні навчальні заклади проводиться за бажанням батьків або осіб, які їх замінюють (ч. 2 ст. 34), тобто за вибором ними типу дошкільного навчального закладу чи форми навчання, це, проте, не обмежує права дітей на освіту і не ставить здобуття дошкільної освіти в залежність від бажання батьків. Як передбачено ч. 1 ст. 8 Закону України «Про дошкільну освіту», сім'я зобов'язана сприяти здобуттю дитиною освіти у дошкільних та інших навчальних закладах або забезпечити дошкільну освіту в сім'ї відповідно до вимог Базового компонента дошкільної освіти.

Відповідно до ст. 18 Закону України «Про дошкільну освіту» та ст. 14 Закону України «Про освіту», на органи управління системою дошкільної освіти держава покладає, зокрема, ведення обліку дітей дошкільного віку та контроль за виконанням вимог щодо їх навчання. В Україні функціонує система безперервної освіти, обов'язковою первинною складовою частиною якої є дошкільна освіта. Громадяни мають рівні права на її здобуття у дошкільних навчальних закладах незалежно від підпорядкування, типів і форми власності, а також у сім'ї (статті 4, 9 Закону України «Про дошкільну освіту»).

Щодо порушеного у конституційному поданні питання про збереження мережі дошкільних навчальних закладів, у тому числі недержавних і некомунальних, за рахунок коштів державного і місцевого бюджетів, то, як вважав Конституційний Суд України, забезпечення доступності та безоплатності дошкільної освіти покладено на державу лише щодо навчальних закладів державної і комунальної форм власності (ч. 3 ст. 53 Конституції України). Відповідно до ч. 2 ст. 3 Закону України «Про дошкільну освіту», держава тільки сприяє розвиткові та збереженню мережі дошкільних навчальних закладів інших форм власності. Тому ч. 6 ст. 16 зазначеного Закону забороняється безпідставна ліквідація дошкільних навчальних закладів лише державної і комунальної форм власності. Реорганізація або ліквідація діючих комунальних дошкільних навчальних закладів, у тому числі створених колишніми сільськогосподарськими колективними та державними господарствами (несільськогосподарськими підприємствами, організаціями), допускається лише у випадках і в порядку, визначених цим Законом.

Фінансування дошкільної освіти залежить від форми власності дошкільного навчального закладу, обов'язок фінансування якого покладається на власника (засновника). Стосовно дошкільних навчальних закладів інших, ніж державної і комунальної, форм власності рішення про ліквідацію приймається засновником (власником) за погодженням з відповідним органом виконавчої влади з питань освіти.

У контексті положень ст. 53 Конституції України, які передбачають обов'язковість повної загальної середньої освіти (ч. 2), забезпечення доступності і безоплатності повної загальної середньої освіти покладає на державу обов'язок створити умови для безоплатного здобуття такої освіти в державних і комунальних навчальних закладах (ч. 3). На виконання зазначених положень Конституції України обов'язковою основною складовою безперервної освіти визнано загальну середню освіту (ч. 2 ст. 3 Закону України «Про загальну середню освіту»).

Для забезпечення реалізації права кожного на обов'язкову повну загальну середню освіту та створення для цього належних умов держава сформувала систе-

му загальної середньої освіти (ст. 4 Закону України «Про загальну середню освіту»). Нормативи матеріально-технічного та фінансового забезпечення загальноосвітніх навчальних закладів затверджуються Кабінетом Міністрів України згідно з Державним стандартом загальної середньої освіти. Матеріально-технічна база цих закладів фінансується за рахунок коштів їх засновників (власників). Фінансування за визначеними нормативами, зміцнення матеріальної бази державних і комунальних загальноосвітніх навчальних закладів передбачають покриття витрат на навчально-виховний процес за рахунок коштів відповідних бюджетів згідно з державними стандартами освіти.

Конституційний Суд України у Рішенні від 21 листопада 2002 р. № 18-рп/2002 (справа про безоплатне користування шкільними підручниками), виклавши свою позицію щодо фінансування витрат на забезпечення загальноосвітніх закладів засобами навчання та навчальним обладнанням, зазначив, що обов'язок створити умови для здобуття повної загальної середньої освіти в державних і комунальних навчальних закладах Конституцією України покладено на державу.

Виходячи з того, що безоплатність і доступність повної загальної середньої освіти в державних і комунальних навчальних закладах пов'язані з її обов'язковістю, держава повинна фінансувати у повному обсязі процес навчання учнів у межах Державного стандарту загальної середньої освіти.

Конституційний Суд України вважав, що положення ст. 53 Конституції України про забезпечення державою безоплатності вищої освіти в державних і комунальних навчальних закладах необхідно розглядати у контексті гарантованого Основним Законом України права на освіту та доступу громадян України до її здобуття в цих навчальних закладах на конкурсній основі. За змістом положень цієї статті здобуття вищої освіти не є обов'язковим. У Рішенні Конституційного Суду України від 21 листопада 2002 р. № 18-рп/2002 саме з обов'язковістю повної загальної середньої освіти пов'язана її безоплатність.

На виконання положень ст. 23 Конституції України, якими гарантується право людини на вільний розвиток своєї особистості, та ч. 3 ст. 53 Конституції України у законах України про освіту закріплено право на вільний вибір форми здобуття вищої освіти, виду вищого навчального закладу, напряму підготовки і спеціальності. Реалізація права громадян на безоплатне здобуття вищої освіти в державних і комунальних навчальних закладах здійснюється на конкурсній основі (ч. 4 ст. 53 Конституції України).

За Конституцією України (ч. 2 ст. 43) держава створює умови для підготовки кадрів за основними напрямами відповідно до суспільних потреб, на задоволення яких виключно законом про Державний бюджет України визначаються будь-які бюджетні видатки держави (ч. 2 ст. 95). Виходячи з суспільних потреб та розмірів бюджетних призначень, визначених у законі про Державний бюджет України, формується державне замовлення на підготовку фахівців з вищою освітою за напрямами і спеціальностями відповідних освітньо-кваліфікаційних рівнів. Тому обсяги фінансування вищих державних і комунальних навчальних закладів за рахунок бюджетних коштів пов'язані передусім з підготовкою такої кількості фахівців з вищою освітою, яка визначається щорічно у державному замовленні.

Проте здобуття освіти в цих закладах не може обмежуватися лише обсягом державного замовлення, фінансовою основою якого є бюджетні кошти. Підготовка фахівців з вищою освітою за напрямами і спеціальностями відповідних освітньо-кваліфікаційних рівнів у вищих навчальних закладах державної і кому-

нальної форм власності може здійснюватися також за рахунок інших джерел фінансування, не заборонених законом, що є додатковим засобом здобуття і забезпечення права на вищу освіту. У законодавстві України визначено, що понад установлений обсяг, який фінансується за рахунок бюджетних коштів, вищі навчальні заклади можуть здійснювати прийом студентів у межах чисельності, обумовленої ліцензією, з оплатою вартості навчання на договірній основі.

Отже, безоплатність вищої освіти (безоплатність навчання) в державних і комунальних навчальних закладах зобов'язує державу створити відповідні можливості, за яких громадянин України на рівних конкурсних умовах (ч. 4 ст. 53 Конституції України) може здобути без внесення плати у будь-якій формі вищу освіту в межах обсягу потрібних державі та суспільству фахівців.

На підставі викладеного вище Конституційний Суд України вирішив, що доступність освіти як конституційна гарантія реалізації права на освіту на принципах рівності, визначених ст. 24 Конституції України, означає, що нікому не може бути відмовлено у праві на освіту, і держава має створити можливості для реалізації цього права; безоплатність освіти як конституційна гарантія реалізації права на освіту означає можливість здобуття освіти в державних і комунальних навчальних закладах без внесення плати у будь-якій формі за освітні послуги визначених законодавством рівня, змісту, обсягу і в межах тих видів освіти, безоплатність яких передбачена ч. 3 ст. 53 Конституції України. Виходячи з положень ч. 2, 3 ст. 53 Конституції України, за якими повна загальна середня освіта є обов'язковою і безоплатною, витрати на забезпечення навчально-виховного процесу в державних і комунальних загальноосвітніх навчальних закладах здійснюються на нормативній основі за рахунок коштів відповідних бюджетів у повному обсязі. Безоплатність вищої освіти означає, що громадянин має право здобути її відповідно до стандартів вищої освіти без внесення плати в державних і комунальних навчальних закладах на конкурсній основі (ч. 3 ст. 53 Конституції України) в межах обсягу підготовки фахівців для загальносуспільних потреб (державного замовлення).

Право на охорону здоров'я є важливим конституційним правом кожної людини. Відповідно до Конституції України, кожен має право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. Охорона здоров'я забезпечується державним фінансуванням відповідних соціально-економічних, медико-санітарних і оздоровчо-профілактичних програм.

Держава створює умови для ефективного і доступного для всіх громадян медичного обслуговування. У державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно; існуюча мережа таких закладів не може бути скорочена. Держава сприяє розвиткові лікувальних закладів усіх форм власності.

19 листопада 1992 р. Верховною Радою України були прийняті Основи законодавства про охорону здоров'я. Основи законодавства України про охорону здоров'я визначають правові, організаційні, економічні та соціальні засади охорони здоров'я в Україні, регулюють суспільні відносини у цій галузі з метою забезпечення гармонійного розвитку фізичних і духовних сил, високої працездатності і довголітнього активного життя громадян, усунення факторів, що шкідливо впливають на їх здоров'я, попередження і зниження захворюваності, інвалідності та смертності, поліпшення спадковості.

Законодавство України про охорону здоров'я базується на Конституції України і складається з Основ законодавства про охорону здоров'я та інших прийнятих відповідно до них актів законодавства, що регулюють суспільні відносини у галузі охорони здоров'я.

Охорона здоров'я — система заходів, спрямованих на забезпечення збереження і розвитку фізіологічних і психологічних функцій, оптимальної працездатності та соціальної активності людини при максимальній біологічно можливій індивідуальній тривалості життя.

Основними принципами охорони здоров'я в Україні є:

—визнання охорони здоров'я пріоритетним напрямом діяльності суспільства і держави, одним з головних чинників виживання та розвитку народу України;

—дотримання прав і свобод людини і громадянина в галузі охорони здоров'я та забезпечення пов'язаних з ними державних гарантій;

—гуманістична спрямованість, забезпечення пріоритету загальнолюдських цінностей над класовими, національними, груповими або індивідуальними інтересами, підвищений медико-соціальний захист найбільш вразливих верств населення;

—рівноправність громадян, демократизм і загальнодоступність медичної допомоги та інших послуг у галузі охорони здоров'я;

—відповідність завданням і рівню соціально-економічного та культурного розвитку суспільства, наукова обґрунтованість, матеріально-технічна і фінансова забезпеченість;

—орієнтація на сучасні стандарти здоров'я та медичної допомоги, поєднання вітчизняних традицій і досягнень із світовим досвідом у галузі охорони здоров'я;

— випереджувально-профілактичний характер, комплексний соціальний, екологічний та медичний підхід до охорони здоров'я;

—багатоукладність економіки охорони здоров'я і багатоканальність її фінансування, поєднання державних гарантій з демонополізацією та заохоченням підприємництва і конкуренції;

—децентралізація державного управління, розвиток самоврядування закладів та самостійності працівників охорони здоров'я на правовій і договірній основі.

Кожний громадянин України має право на охорону здоров'я, що передбачає:

а) життєвий рівень, включаючи їжу, одяг, житло, медичний догляд та соціаль не обслуговування і забезпечення, який є необхідним для підтримання здоров'я людини;

б) безпечне для життя і здоров'я навколишнє природне середовище;

в) санітарно-епідемічне благополуччя території і населеного пункту, де він проживає;

г) безпечні і здорові умови праці, навчання, побуту та відпочинку;

ґ) кваліфіковану медико-санітарну допомогу, включаючи вільний вибір лікаря закладу охорони здоров'я;

д) достовірну та своєчасну інформацію про стан свого здоров'я і здоров'я населення, включаючи існуючі і можливі фактори ризику та їх ступінь;

є) участь в обговоренні проектів законодавчих актів і внесення пропозицій щодо формування державної політики в галузі охорони здоров'я;

є) участь в управлінні охороною здоров'я та проведенні громадської експертизи з цих питань у порядку, передбаченому законодавством;

ж) можливість об'єднання в громадські організації з метою сприяння охороні здоров'я;

з) правовий захист від будь-яких незаконних форм дискримінації, пов'язаних із станом здоров'я;

и) відшкодування заподіяної здоров'ю шкоди;

і) оскарження неправомірних рішень і дій працівників, закладів та органів зхорони здоров'я;

ї) можливість проведення незалежної медичної експертизи у разі незгоди громадянина з висновками державної медичної експертизи, застосування до нього заходів примусового лікування та в інших випадках, коли діями працівників охорони здоров'я можуть бути ущемлені загальновизнані права людини і громадянина.

Законодавством України може бути визначено й інші права громадян у галузі охорони здоров'я.

Громадянам України, які перебувають за кордоном, гарантується право на охорону здоров'я у формах і обсязі, передбачених міжнародними договорами, в яких бере участь Україна.

Держава згідно з Конституцією України гарантує всім громадянам реалізацію їх прав у галузі охорони здоров'я шляхом:

а) створення розгалуженої мережі закладів охорони здоров'я;

б) організації і проведення системи державних і громадських заходів щодо охорони та зміцнення здоров'я;

в) подання всім громадянам гарантованого рівня медико-санітарної допомоги в обсязі, що встановлюється Кабінетом Міністрів України;

г) здійснення державного і можливості громадського контролю та нагляду в галузі охорони здоров'я;

ґ) організації державної системи збирання, обробки й аналізу соціальної, екологічної та спеціальної медичної статистичної інформації;

д) встановлення відповідальності за порушення прав і законних інтересів гро мадян у галузі охорони здоров'я.

Держава визнає право кожного громадянина України на охорону здоров'я і забезпечує його захист. У разі порушення законних прав і інтересів громадян у галузі охорони здоров'я відповідні державні, громадські або інші органи, підприємства, установи та організації, їх посадові особи і громадяни зобов'язані вжити заходів щодо поновлення порушених прав, захисту законних інтересів та відшкодування заподіяної шкоди.

Судовий захист права на охорону здоров'я здійснюється у порядку, встановленому законодавством.

На підставах і в порядку, передбачених законами України, громадяни можуть бути визнані тимчасово або постійно не придатними за станом здоров'я до професійної або іншої діяльності, пов'язаної з підвищеною небезпекою для оточуючих, а також з виконанням певних державних функцій.

Застосування примусових заходів медичного характеру щодо осіб, які вчинили суспільно небезпечні діяння, обмеження прав інших громадян у вигляді примусового медичного огляду або примусової госпіталізації, а також у зв'язку з проведенням карантинних заходів допускається тільки на підставах і в порядку, передбачених законами України.

Рішення про обмеження прав громадян, пов'язані зі станом їх здоров'я, можуть бути оскаржені в судовому порядку.

Конституційний Суд України дав офіційне тлумачення Конституції України стосовно права кожного громадянина на безкоштовну медичну допомогу в державних і комунальних закладах охорони здоров'я в справі за конституційним поданням 53 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положення ч. З ст. 48 Конституції України «в державних і комунальних закладах охорони здоров'я допомога надається безкоштовно» (справа про безкоштовну медичну допомогу від 29 травня 2002 № 1-13/2002). Конституційний Суд України, зокрема, відзначив, що це положення слід розуміти так, що у державних та комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається всім громадянам неза-

лежно від її обсягу та без попереднього, поточного або наступного їх розрахунку за надання такої допомоги. Крім того, Конституційний Суд звернув увагу на те, що поняття медичної допомоги, умови запровадження медичного страхування, у тому числі державного, формування і використання добровільних медичних фондів, а також порядок надання медичних послуг, які виходять за межі медичної допомоги, на платній основі у державних і комунальних закладах охорони здоров'я та перелік таких послуг мають бути визначені законом.

Таким чином, наведене вище рішення Конституційного Суду України дає можливість виділити три концептуальні складові права громадян на безкоштовну медичну допомогу в державних і комунальних закладах охорони здоров'я:

1) рівність усіх громадян у праві на охорону здоров'я;

2) безкоштовність медичних послуг, що надаються державними і комунальними закладами цієї сфери;

3) безкоштовність медичних послуг незалежно від їх обсягу. Винятковий перелік платних послуг визначається в постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку платних послуг, які надаються в державних закладах охорони здоров'я та вищих медичних закладах освіти» від 17 вересня 1996 р. № 1138. До таких послуг належить косметологічна допомога, анонімні обстежен ня, проведення різних експертиз тощо, тобто діє правило: вся медична допомога, не визначена в законі як платна, є безкоштовною без спеціальних застережень про це. Крім того, виходячи зі ст. З Конституції України, яка закріплює, що лю дина, її життя та здоров'я визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю, можна зробити висновок, що не можуть бути платними медичні послуги, надан ня або ненадання яких може вплинути на життя людини.

4.12. Соціальний захист громадян згідно з Конституцією України. Правова допомога адвоката із захисту цих прав.

Стаття 46 Конституція України закріплює право громадян на соціальний захист, що включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом.

Це право гарантується загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням за рахунок страхових внесків громадян, підприємств, установ і організацій, а також бюджетних та інших джерел соціального забезпечення; створенням мережі державних, комунальних, приватних закладів для догляду за непрацездатними.

Пенсії, інші види соціальних виплат та допомоги, що є основним джерелом існування, мають забезпечувати рівень життя, не нижчий від прожиткового мінімуму, встановленого законом.

Соціальне забезпечення тісно пов'язане із здійсненням соціального страхування працюючих громадян, формування й використання Пенсійного фонду та Фонду соціального страхування.

Особи, які працюють за трудовим договором (контрактом) на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форми власності, виду діяльності та господарювання або у фізичної особи, підлягають загальнообов'язковому державному соціальному страхуванню (ст. 253 КЗпП). Основними джерелами коштів загальнообов'язкового державного соціального страхування є внески власників підприємств, установ, організацій або уповноважених ними органів чи фізичної особи, працівників. Бюджетні та інші джерела коштів, необхідні для здійснення

загальнообов'язкового державного соціального страхування, передбачаються відповідними законами з окремих видів загальнообов'язкового державного соціального страхування.

Види матеріального забезпечення та соціальних послуг за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням працівникам, а в деяких випадках І членам їх сімей, умови їх надання та розміри визначаються законами України з окремих видів загальнообов'язкового державного соціального страхування, іншими нормативно-правовими актами, які містять норми щодо загальнообов'язкового державного соціального страхування.

Основним законодавчим актом, що здійснює регулювання відносин стосовно пенсійного забезпечення в Україні, є Закон України «Про пенсійне забезпечення» від 5 листопада 1991 р.

Пенсію можна визначити як матеріальне забезпечення громадян у старості, з інвалідності, у разі втрати годувальника, а також за наявності деяких інших підстав у вигляді систематичних грошових виплат.

Громадяни України мають право на державне пенсійне забезпечення за віком, по інвалідності, у зв'язку з втратою годувальника та в інших випадках, передбачених законодавством.

Іноземні громадяни та особи без громадянства, які проживають в Україні, мають право на пенсію нарівні з громадянами України на умовах, передбачених законодавством або міждержавними угодами.

Пенсійне забезпечення громадян України, які проживають за її межами, провадиться на основі договорів (угод) з іншими державами.

Закон встановлює такі ***види пенсій:***

1) трудові пенсії:

—за віком;

—по інвалідності;

—у разі втрати годувальника;

—за вислугу років;

2) соціальні пенсії.

Право на трудову пенсію мають особи, зайняті суспільно корисною працею, за додержання інших умов, передбачених законом:

а) особи, які працюють на підприємствах, в установах, організаціях, кооперативах (у тому числі за угодами цивільно-правового характеру), незалежно від використовуваних форм власності та господарювання, або є членами колгоспів та інших кооперативів, — за умови сплати підприємствами та організаціями страхових внесків до Пенсійного фонду України;

б) особи, які займаються підприємницькою діяльністю, заснованою на особистій власності фізичної особи та виключно її праці, — за умови сплати страхових внесків до Пенсійного фонду України;

в) члени творчих спілок, а також інші творчі працівники, які не є членами таких спілок, — за умови сплати страхових внесків до Пенсійного фонду України;

г) інші особи, які підлягають державному соціальному страхуванню;

ґ) працівники воєнізованих формувань, які не підлягають державному соціальному страхуванню, особи начальницького і рядового складу фельд'єгерської служби Міністерства зв'язку України;

д) вихованці, учні, студенти, курсанти, слухачі, стажисти, клінічні ординатори, аспіранти, докторанти;

є) особи, які стали інвалідами у зв'язку з виконанням державних чи громадських обов'язків або у зв'язку з виконанням дій щодо рятування людського життя,

охорони державної, колективної та індивідуальної власності, а також щодо охорони правопорядку;

є) особи, які здійснюють догляд за інвалідом I групи або дитиною-інвалідом віком до 16 років, а також за пенсіонером, який за висновком медичного закладу потребує постійного стороннього догляду;

ж) члени сімей осіб, зазначених вище, і пенсіонерів з числа цих осіб — у разі втрати годувальника.

Право на соціальну пенсію мають усі непрацездатні громадяни на умовах, що визначаються вищезазначеним Законом.

За загальним правилом право на пенсію за віком мають:

— чоловіки — після досягнення 60 років і при стажі роботи не менше 25 років;

— жінки — після досягнення 55 років і при стажі роботи не менше 20 років.

Пенсії за віком призначаються довічно, незалежно від стану здоров'я.

Пенсії по інвалідності призначаються в разі настання інвалідності, що спри чинила повну або часткову втрату здоров'я, внаслідок:

а) трудового каліцтва або професійного захворювання;

б) загального захворювання (у тому числі каліцтва, не пов'язаного з роботою, інвалідності з дитинства).

Пенсії по інвалідності призначаються незалежно від того, коли настала інвалідність: у період роботи, до влаштування на роботу чи після припинення роботи.

Залежно від ступеня втрати здоров'я інваліди поділяються на три групи.

Причини і групи інвалідності, а також час настання інвалідності встановлюються органами медико-соціальної експертизи, що діють на підставі Положення про них, затвердженого Кабінетом Міністрів України.

Інвалідність вважається такою, що настала внаслідок трудового каліцтва, якщо нещасний випадок, який спричинив інвалідність, стався (крім випадків протиправного діяння):

а) при виконанні трудових обов'язків (у тому числі під час відрядження), а та кож при здійсненні будь-яких дій в інтересах підприємства або організації, хоча б і без спеціального доручення;

б) по дорозі на роботу або з роботи;

в) на території підприємства, організації або в іншому місці роботи протягом робочого часу (включаючи і встановлені перерви), протягом часу, необхідного для приведення в порядок знарядь виробництва, одягу тощо перед початком або після закінчення роботи;

г) поблизу підприємства, організації або іншого місця роботи протягом робо чого часу (включаючи і встановлені перерви), якщо перебування там не супере чило правилам внутрішнього трудового розпорядку;

ґ) при виконанні державних або громадських обов'язків;

д) при виконанні дій по рятуванню людського життя, по охороні державної, колективної та індивідуальної власності, а також по охороні правопорядку.

Пенсії призначаються на весь час інвалідності, встановленої органами медико-соціальної експертизи. Інвалідам — чоловікам старше 60 років і жінкам старше 55 років пенсії по інвалідності призначаються довічно. Повторний огляд цих інвалідів провадиться тільки за їх заявою.

Право на пенсію в разі втрати годувальника мають непрацездатні члени сім'ї померлого годувальника, які були на його утриманні (ст. 38 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування»). При цьому дітям пенсії призначаються незалежно від того, чи були вони на утриманні годувальника.

Батьки і чоловік (дружина) померлого, які не були на його утриманні, також мають право на пенсію, якщо згодом втратили джерело засобів до існування.
Непрацездатними членами сім'ї вважаються:

а) діти, брати, сестри й онуки, які не досягай 18 років або старші цього віку, якщо вони стали інвалідами до досягнення 18 років, при цьому брати, сестри й онуки — за умови, якщо вони не мають працездатних батьків;

б) батько, мати, дружина, чоловік, якщо вони є інвалідами або досягай: чо ловіки — 60 років, жінки — 55 років;

в) один з батьків, або чоловік (дружина), або дід, бабуся, брат чи сестра, неза лежно від віку і працездатності, якщо він (вона) зайнятий доглядом за дітьми, братами, сестрами чи онуками померлого годувальника, які не досягай 8 років, і не працює;

г) дід і бабуся — в разі відсутності осіб, які за законом зобов'язані їх утримувати.

Вихованці, учні, студенти, курсанти, слухачі, стажисти мають право на пенсію в разі втрати годувальника до закінчення навчальних закладів, але не довше ніж до досягнення ними 23-річного віку.

Члени сім'ї померлого вважаються такими, що були на його утриманні, якщо вони були на його повному утриманні або одержували від нього допомогу, яка була для них постійним і основним джерелом засобів до існування.

Члени сім'ї померлого, для яких його допомога була постійним і основним джерелом засобів до існування, але які й самі одержували яку-небудь пенсію, мають право перейти на нову пенсію.

Пенсії за вислугу років встановлюються окремим категоріям громадян, зайнятих на роботах, виконання яких призводить до втрати професійної працездатності або придатності до настання віку, що дає право на пенсію за віком.

Право на пенсію за вислугу років мають:

—окремі категорії працівників авіації та льотно-випробного складу;

—робітники локомотивних бригад і окремі категорії працівників, які безпосередньо здійснюють організацію перевезень і забезпечують безпеку руху на залізничному транспорті та метрополітені;

— водії вантажних автомобілів, безпосередньо зайнятих в технологічному процесі на шахтах, у рудниках, розрізах і рудних кар'єрах на вивезенні вугілля, сланцю, руди, породи;

—механізатори (докери-механізатори) комплексних бригад на вантажно-розвантажувальних роботах у портах, а також плавсклад морського, річкового флоту і флоту рибної промисловості (крім суден портових, що постійно працюють на акваторії порту, службово-допоміжних, роз'їзних, приміського і внутріміського сполучення);

—працівники експедицій, партій, загонів, дільниць і бригад, безпосередньо зайняті на польових геологорозвідувальних, пошукових, топографо-геодезичних, геофізичних, гідрографічних, гідрологічних, лісовпорядних і розвідувальних роботах;

—робітники і майстри (у тому числі старші майстри), безпосередньо зайняті на лісозаготівлях і лісосплаві, включаючи зайнятих на обслуговуванні механізмів і обладнання;

— деякі категорії артистів театрів та інших театрально-видовищних підприємств і колективів;

—працівники освіти, охорони здоров'я, а також соціального забезпечення, які в будинках-інтернатах для престарілих та інвалідів і спеціальних службах безпосе редньо зайняті обслуговуванням пенсіонерів та інвалідів, відповідно до закону;

—спортсмени відповідно до закону.

Соціальні пенсії призначаються і виплачуються непрацюючим громадянам, крім інвалідів з дитинства, при відсутності права на трудову пенсію:

—інвалідам І і II груп, у тому числі інвалідам з дитинства, а також інвалідам III групи;

—особам, які досягай віку: чоловіки — 60 років, жінки — 55 років;

—дітям — у разі втрати годувальника;

—дітям-інвалідам віком до 16 років.

Закон України «Про державну допомогу сім'ям з дітьми» від 21 листопада 1992 р. встановлює гарантований державою рівень матеріальної підтримки сімей з дітьми шляхом надання державної грошової допомоги з урахуванням складу сім'ї, її доходів та віку дітей і спрямований на забезпечення пріоритету державної допомоги сім'ям з дітьми у загальній системі соціального захисту населення.

Громадяни України, в сім'ях яких виховуються та проживають неповнолітні діти, мають право на державну допомогу у випадках та на умовах, передбачених законодавством України.

Іноземці та особи без громадянства, які постійно проживають в Україні, а також особи, яким надано статус біженця в Україні, мають право на державну допомогу нарівні з громадянами України на умовах, передбачених законами або міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Встановлені такі ***види державної допомоги сім'ям з дітьми:***

1) допомога у зв'язку з вагітністю та пологами;

2) одноразова допомога при народженні дитини;

3) допомога по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку;

4) допомога на дітей, які перебувають під опікою чи піклуванням;

5) допомога на дітей одиноким матерям.

Місцеві органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації та об'єднання громадян за рахунок власних коштів можуть запроваджувати додаткові види допомоги та встановлювати доплати до державної допомоги сім'ям з дітьми.

Право на державну допомогу у зв'язку з вагітністю та пологами мають за Законом всі жінки (у тому числі неповнолітні), які не застраховані в системі загальнообов'язкового державного соціального страхування.

Одноразова допомога при народженні дитини надається одному з батьків дитини (усиновителю чи опікуну), не застрахованому в системі загальнообов'язкового державного соціального страхування.

Одноразова допомога батькам при народженні дитини призначається на підставі свідоцтва про народження дитини. Усиновителям та опікунам зазначена допомога призначається на підставі рішення про усиновлення або встановлення опіки.

У разі народження (усиновлення, встановлення опіки) двох і більше дітей допомога надається на кожну дитину.

Одноразова допомога при народженні дитини призначається за умови, якщо звернення за її призначенням надійшло не пізніше шести місяців з дня народження дитини.

У разі народження мертвої дитини допомога при народженні дитини не призначається.

Право на допомогу по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку має незастрахована в системі загальнообов'язкового державного соціального

страхування особа (один з батьків дитини, усиновитель, опікун, баба, дід або інший родич), яка фактично здійснює догляд за дитиною.

Допомога по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку виплачується щомісяця з дня призначення допомоги по догляду за дитиною по день досягнення дитиною вказаного віку включно. Усиновителям та опікунам допомога призначається не раніше, ніж з дня прийняття рішення про усиновлення або встановлення опіки.

Особам, звільненим з роботи у зв'язку з ліквідацією підприємства, установи, організації, до їх працевлаштування допомога по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку призначається на підставі довідки ліквідаційної комісії.

Особам, зареєстрованим у державній службі зайнятості як безробітні, допомога по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку призначається на підставі довідки державної служби зайнятості.

Призначення допомоги по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку особі, яка фактично доглядає за дитиною, здійснюється за письмовою заявою цієї особи та на підставі довідки з місця роботи (служби, навчання) матері дитини про те, що вона вийшла на роботу до закінчення строку відпустки по догляду за дитиною і виплату зазначеної допомоги їй припинено (із зазначенням дати).

Матерям, які мають дітей віком до трьох років і одночасно продовжують навчання з відривом від виробництва, допомога по догляду за дитиною до досягнення нею трьох років призначається в повному розмірі.

Допомога по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку непрацюючій особі призначається на підставі виданої за місцем проживання довідки про те, що вона не працює (не служить, не навчається) і дитина проживає разом з нею.

Допомога на дітей, які перебувають під опікою чи піклуванням, призначається особам, визначеним в установленому законом порядку опікунами чи піклувальниками дітей, які внаслідок смерті батьків, позбавлення їх батьківських прав, хвороби батьків чи з інших причин залишилися без батьківського піклування.

Допомога на дітей, які перебувають під опікою чи піклуванням, призначається на підставі рішення про встановлення опіки чи піклування за умови, що середньомісячний розмір одержуваних на дитину аліментів, пенсії за попередні шість місяців не перевищує прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку.

Право на допомогу на дітей одиноким матерям мають одинокі матері, одинокі усиновителі (які не перебувають у шлюбі), якщо у свідоцтві про народження дитини відсутній запис про батька дитини або запис про батька проведено в установленому порядку за вказівкою матері.

Право на допомогу на дітей одиноким матерям мають вдови та вдівці з дітьми, які не одержують на них пенсію в разі втрати годувальника або соціальну пенсію.

Якщо одинока мати (вдова, вдівець) уклала шлюб, то за нею зберігається право на отримання допомоги на дітей, які народилися до шлюбу, за умови якщо ці діти не були усиновлені чоловіком (дружиною).

Жінка, яка має дітей від особи, з якою вона не перебувала і не перебуває в зареєстрованому шлюбі, але з якою вона веде спільне господарство, разом проживає і виховує дітей, права на одержання допомоги, встановленої на дітей одиноким матерям, не має. При реєстрації цією жінкою шлюбу з особою, від якої вона має дітей, допомога на дітей, народжених від цієї особи, не призначається.

4.13. Питання шлюбу, сім'ї, батьківства і материнства відповідно до Конституції України.

Відповідно до ст. 51 Конституції України, шлюб ґрунтується на вільній згоді жінки і чоловіка. Кожен із подружжя має рівні права і обов'язки у шлюбі та сім'ї. Батьки зобов'язані утримувати дітей до їх повноліття. Повнолітні діти зобов'язані піклуватися про своїх непрацездатних батьків. Сім'я, дитинство, материнство і батьківство охороняються державою.

Діти рівні у своїх правах незалежно від походження, а також від того, народжені вони у шлюбі чи поза ним. Будь-яке насильство над дитиною та її експлуатація переслідуються за законом. Утримання та виховання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, покладається на державу. Держава заохочує і підтримує благодійницьку діяльність щодо дітей.

Крім того, Конституція України закріплює, гарантує право кожного на невтручання в його особисте і сімейне життя.

Засади шлюбу, особисті немайнові та майнові права і обов'язки подружжя, підстави виникнення, зміст особистих немайнових і майнових прав та обов'язків батьків і дітей, усиновлювачів та усиновлених, інших членів сім'ї визначає Сімейний кодекс України (далі — СК України).

Регулювання сімейних відносин здійснюється СК України з метою:

—зміцнення сім'ї як соціального інституту і як союзу конкретних осіб;

—утвердження почуття обов'язку перед батьками, дітьми та іншими членами сім'ї;

—побудови сімейних відносин на паритетних засадах, на почуттях взаємної любові та поваги, взаємодопомоги і підтримки;

—забезпечення кожної дитини сімейним вихованням, можливістю духовного та фізичного розвитку.

СК України регулює сімейні особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, між батьками та дітьми, усиновлювачами та усиновленими, між матір'ю та батьком дитини щодо її виховання, розвитку та утримання, а також відносини між бабою, дідом, прабабою, прадідом та внуками, правнуками, рідними братами та сестрами, мачухою, вітчимом та падчеркою, пасинком та іншими членами сім'ї.

Відповідно до ч. 1 ст. 10 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права, одруження має відбуватися за вільної згоди тих, хто одружується. Пункт 5 Мексиканської декларації про рівність жінок та їх внесок у розвиток і мир 1975 р. закріплює, що чоловіки і жінки мають рівні права та обов'язки в сім'ї і суспільстві. Рівність чоловіків і жінок має бути гарантована в сім'ї, яка є основним осередком суспільства і в якій формуються відносини між людьми. Чоловіки повинні активніше, творчо і відповідально брати участь у житті сім'ї в цілях її здорового розвитку, з тим, щоб жінки могли інтенсивніше брати участь у діяльності своїх общин і з тим, щоб забезпечити ефективне поєднання домашніх і трудових можливостей чоловіка і жінки. Стійкі уявлення про нерівність жінок і чоловіків у шлюбі та відповідна соціальна практика часто ґрунтуються на традиційних і релігійних поглядах, які обмежують жінку в наперед визначених ролях.

Питання шлюбу і сім'ї розглядалося в Загальній рекомендації № 21 Комітету з ліквідації дискримінації щодо жінок. Комітет зазначив, що яких би форм не набувала сім'я, ставлення до жінки в сім'ї, згідно із законом і на практиці повинні відповідати принципам рівності і справедливості для всіх людей. Держави-учасниці зобов'язуються заборонити або зробити кроки до скасування полігамії і

забезпечити, щоб жінки мали право на вибір як сімейного статусу, так і чоловіка, скасувавши при цьому примусові і вторинні шлюби. Держави-учасниці зобов'язані реєструвати шлюби.

Пункт (а) ч. 1 ст. 12 Конвенції ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок передбачає рівні права жінок і чоловіків на одруження. Під шлюбом у ст. 21 СК України розуміється сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований у державному органі реєстрації актів цивільного стану. Проживання однією сім'єю жінки та чоловіка без шлюбу не є підставою для виникнення у них прав та обов'язків подружжя. Право одружуватися є невід'ємним правом жінки і чоловіка і виникає з природного права людини на сім'ю. Відповідно до ст. 4 СК України, особа, яка досягла шлюбного віку, має право на створення сім'ї. Сім'ю може створити особа, яка народила дитину, незалежно від віку. Кожна особа має право на проживання в сім'ї. Право на одруження виникає після досягнення особою шлюбного віку. Відповідно до ст. 23 СК України, за заявою особи, яка досягла 14 років, за рішенням суду їй може бути надано право на шлюб, якщо буде встановлено, що це відповідає її інтересам. Різниця у визначенні шлюбного віку жінки і чоловіка пов'язана з особливостями розвитку жіночого організму та здійснення репродуктивних прав і не може розглядатися як порушення рівноправності представників різної статі.

Рівноправність жінок і чоловіків при одруженні припускає також надання нареченій і нареченому можливості змінити своє прізвище на прізвище нареченого/нареченої, або додати прізвище нареченого/нареченої до свого, або залишити своє колишнє прізвище, що передбачено ст. 35 СК України. Це право є логічним продовженням природного права кожної людини на ім'я. Таким чином, дискримінаційними будуть будь-які дії, спрямовані на примушення нареченої прийняти прізвище нареченого, навіть якщо це є традиційним для національної або етнічної групи, до якої належить наречена.

Жінка і чоловік мають рівні права на укладення шлюбного договору при одруженні. Стаття 93 СК України закріплює, що шлюбним договором регулюються майнові відносини між подружжям, визначаються їхні майнові права та обов'язки. Шлюбним договором можуть бути визначені майнові права та обов'язки подружжя як батьків. Шлюбний договір не може регулювати особисті відносини подружжя, а також особисті відносини між ними та дітьми.

Відповідно до ч. 1 ст. 51 Конституції України, шлюб ґрунтується на вільній згоді жінки і чоловіка. Кожен із подружжя має рівні права і обов'язки у шлюбі та сім'ї. Це положення повністю відтворене в ч. 1 ст. 24 СК України. Наведені норми означають, що примушення до шлюбу забороняється, а вільне волевиявлення одружитися повинно бути підтверджено в ході реєстрації шлюбу. Згода особи не вважається вільною, якщо на момент реєстрації шлюбу вона страждала важким психічним розладом, перебувала в стані алкогольного, наркотичного або токсичного сп'яніння, внаслідок чого не усвідомлювала повністю значення своїх дій і (або) не могла керувати ними, або якщо шлюб був зареєстрований в результаті фізичного або психічного насильства. Незгода батьків (усиновлювачів), опікунів (піклувальників), патронатних вихователів не має значення при одруженні. Повна згода на одруження означає його беззастережність.

Відповідно до ч. 2 ст. 24 СК України, реєстрація шлюбу з особою, яка визнана недієздатною, а також з особою, яка з інших причин не усвідомлювала значення своїх дій і (або) не могла керувати ними, тягне визнання такого шлюбу недійсним у судовому порядку.

Рівноправність здійснюється в усіх сферах життя сім'ї і стосується як майнових, так і немайнових прав подружжя. Згідно зі ст. 7 СК України учасник сімейних відносин не може мати привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, статі, політичних, релігійних та інших переконань, етнічного та соціального походження, матеріального стану, місця проживання, за мовними та іншими ознаками. Жінка та чоловік мають рівні права та обов'язки у сімейних відносинах, шлюбі та сім'ї.

Відповідно до ст. 54 СК України, дружина, чоловік мають право розподілити між собою обов'язки в сім'ї. Усі найважливіші питання життя сім'ї мають вирішуватися подружжям спільно, на засадах рівності. Дружина, чоловік мають право противитися усуненню їх від вирішення питань життя сім'ї. Дружина і чоловік мають рівні права стосовно своїх дітей. Законом також передбачені рівні майнові права подружжя, власність якого може перебувати в двох режимах: особистої приватної і сумісної спільної власності.

Стаття 75 СК України гарантує кожному з подружжя, у разі непрацездатності останнього або потребування матеріальної допомоги, право на утримання з боку іншого з подружжя, за умови, що він може надати таку допомогу.

Дружина і чоловік мають рівні права на розірвання шлюбу органом реєстрації актів громадянського стану або в судовому порядку. Відповідно до ст. 107 СК України, кожний з подружжя має право на розірвання шлюбу без урахування думки іншого з подружжя, якщо останній визнаний безвісно відсутнім; визнаний недієздатним; осуджений за скоєння злочину до позбавлення волі на строк не менше трьох років. Процедура розірвання шлюбу для представників обох статей є однаковою. Після розірвання шлюбу жінка і чоловік мають рівні права на повторний шлюб, на відновлення шлюбу в судовому порядку, за умови, що ніхто з подружжя не знаходився після розірвання шлюбу в повторному шлюбі і статті 116, 117 СК України). Відповідно до ст. 76 СК України, розірвання шлюбу не припиняє права особи на утримання, яке виникло у неї за час шлюбу. Після розірвання шлюбу особа має право на утримання, якщо вона стала непрацездатною до розірвання шлюбу або протягом одного року від дня розірвання шлюбу і потребує матеріальної допомоги і якщо колишній чоловік, колишня дружина може надавати таку матеріальну допомогу.

Положення міжнародних договорів зобов'язують держави-учасниці встановити однакові права та обов'язки чоловіків і жінок як батьків, незалежно від їх сімейного стану, в питаннях, що стосуються їх дітей; у всіх випадках інтереси дітей є переважаючими.

Згідно зі ст. 121 СК України права та обов'язки матері, батька і дитини ґрунтуються на походженні дитини від них, засвідченому державним органом реєстрації актів цивільного стану. Стаття 141 СК України закріплює, що мати, батько мають рівні права та обов'язки щодо дитини, незалежно від того, чи перебували вони у шлюбі між собою. Розірвання шлюбу між батьками, проживання їх окремо від дитини не впливає на обсяг їхніх прав і не звільняє від обов'язків щодо дитини. Розділ 13 СК України виділяє такі права батьків щодо своїх дітей: за взаємною згодою визначати ім'я і прізвище дитини (ім'я дитини, народженої жінкою, яка неодружена, у разі відсутності добровільного визнання батьківства визначається матір'ю дитини); за взаємною згодою змінювати прізвище дитини, у разі зміни прізвища одним із батьків; самостійно обирати форми і методи виховання, окрім **тих,** які суперечать закону, моральним засадам суспільства; на безперешкодне спілкування, зокрема якщо хтось із них знаходиться в надзвичайній ситуації (у лікарні, місці затримання і позбавлення волі тощо); визначати місце мешкання дитини; виступати її законними представниками тощо.

Відповідно до ст. 51 Конституції України, батьки зобов'язані утримувати дітей до їх повноліття. Крім того, до основних обов'язків батьків щодо своїх дітей можна віднести такі, як: забрати дитину з пологового будинку (зі змісту ст. 143 СК випливає, що батьки зобов'язані це зробити спільно); зареєструвати народження дитини; виховувати дитину в дусі пошани до прав і свобод інших людей, любові до своєї сім'ї, свого народу, своєї Батьківщини, піклуватися про здоров'я дитини, її фізичний, духовний і моральний розвиток, забезпечити отримання дитиною повної загальної середньої освіти, готувати її до самостійного життя та ін.

Відповідно до ст. 157 СК України, той із батьків, хто проживає окремо від дитини, зобов'язаний брати участь у її вихованні і має право на особисте спілкування з нею. Той із батьків, з ким проживає дитина, не має права перешкоджати тому з батьків, хто проживає окремо, спілкуватися з дитиною та брати участь у її вихованні, якщо таке спілкування не перешкоджає нормальному розвиткові дитини.

Необхідно ще раз наголосити, що всі названі вище права та обов'язки реалізуються і виконуються батьками спільно. У разі зловживання одним із батьків зазначеними правами або створення їм перешкод для іншого з батьків у реалізації його прав або виконанні обов'язків, той, чиї права порушуються, має право звернутися до суду з відповідним позовом (наприклад, про відбирання дитини у разі незаконної зміни одним із батьків місця проживання дитини, про усунення перешкод у спілкуванні з дитиною). Аналогічним чином у судовому порядку розв'язується спір про місце проживання дитини, батьки якої живуть окремо.

Згідно зі ст. 49 СК України дружина має право на материнство. Небажання чоловіка мати дитину або нездатність його до зачаття дитини може бути причиною розірвання шлюбу. Відповідно до ст. 57 Основ законодавства України про охорону здоров'я, з метою охорони здоров'я жінки їй надається право самій вирішувати питання про материнство. Право на материнство означає, що жінка має право вирішувати питання про кількість дітей і проміжок часу між їх народженням. Водночас, ст. 50 Сімейного кодексу України встановлює, що відмова дружини від народження дитини або нездатність її до народження дитини може бути причиною розірвання шлюбу. У цьому виявляється відповідальність вирішення питання про кількість дітей.

Вільний характер реалізації репродуктивних прав полягає в тому, що жінка не може бути примушена до народження дитини або до переривання вагітності, або стерилізації. Відповідно до ст. 50 Основ законодавства України про охорону здоров'я, операція штучного переривання вагітності (аборт) може бути проведена за бажанням жінки в акредитованих закладах охорони здоров'я.

4.14. Громадянство України. Набуття та втрата громадянства. Нормативно-правові акти, що регулюють вирішення цих питань.

Згідно зі ст. 4 Конституції України, в Україні існує єдине громадянство.

Відповідно до ст. 25 Конституції, громадянин України не може бути позбавлений громадянства і права змінити громадянство. Громадянин України не може бути вигнаний за межі України або виданий іншій державі.

Україна гарантує піклування та захист своїм громадянам, які перебувають за її межами.

Іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, — за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України (ст. 26 Конституція України).

Закон України «Про громадянство України» від 18 січня 2001 р. (далі — Закон) відповідно до Конституції України визначає правовий зміст громадянства України, підстави і порядок його набуття та припинення, повноваження органів державної влади, що беруть участь у вирішенні питань громадянства України, порядок оскарження рішень з питань громадянства, дій чи бездіяльності органів державної влади, їх посадових і службових осіб.

Стаття 1 вказаного Закону дає таке визначення: громадянство України — правовий зв'язок між фізичною особою і Україною, що знаходить свій вияв у їх взаємних правах та обов'язках.

Однак це визначення потребує уточнення, оскільки між іноземцями та особами без громадянства, які на законних підставах перебувають на території України, з одного боку, і державою — з другого, також існує правовий зв'язок, що так само знаходить свій вияв у взаємних правах і обов'язках. Різниця полягає в обсязі прав і обов'язків громадян і негромадян.

Громадянство слід відрізняти від підданства, яке означає приналежність особи до держави з монархічною формою правління.

Громадянство ґрунтується на таких принципах:

1. Принцип єдиного громадянства — громадянства держави Україна, що виключає можливість існування громадянства адміністративно-територіальних одиниць України. Якщо громадянин України набув громадянство (підданство) іншої держави або держав, то у правових відносинах з Україною він визнається лише громадянином України. Якщо іноземець набув громадянство України, то у правових відносинах з Україною він визнається лише громадянином України.

2. Запобігання виникненню випадків без громадянства.

3. Неможливості позбавлення громадянина України громадянства України.

4. Визнання права громадянина України на зміну громадянства.

5. Неможливості автоматичного набуття громадянства України іноземцем чи особою без громадянства внаслідок укладення шлюбу з громадянином України або набуття громадянства України його дружиною (чоловіком) та автоматичного при пинення громадянства України одним з подружжя внаслідок припинення шлюбу або припинення громадянства України другим з подружжя.

6. Принцип рівності перед законом громадян України незалежно від підстав, порядку і моменту набуття ними громадянства України;

7. Збереження громадянства України незалежно від місця проживання громадянина України.

Громадянство України — правовий зв'язок між фізичною особою і Україною, що знаходить свій вияв у їх взаємних правах та обов'язках. Відповідно до Закону, громадянами України є:

1) усі громадяни колишнього СРСР, які на момент проголошення незалежності України (24 серпня 1991 р.) постійно проживали на території України;

2) особи, незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, мовних чи інших ознак, які на момент набрання чинності Законом України «Про громадянство України» (13 листопада 1991 р.) проживали в Україні і не були громадянами інших держав;

3) особи, які прибули в Україну на постійне проживання після 13 листопада 1991 р. і яким у паспорті громадянина колишнього СРСР зразка 1974 р. органами внутрішніх справ України внесено напис «громадянин України», а також діти таких осіб, які прибули разом із батьками в Україну, якщо на момент прибуття в Україну вони не досягли повноліття;

4) особи, які набули громадянство України відповідно до законів України та міжнародних договорів України.

Набуття громадянства України за народженням відбувається у таких випадках:



1. Особа, батьки або один із батьків якої на момент її народження були громадянами України, є громадянином України.

2. Особа, яка народилася на території України від осіб без громадянства, які на законних підставах проживають на території України, є громадянином України.

3. Особа, яка народилася за межами України від осіб без громадянства, які постійно на законних підставах проживають на території України, і не набула за народженням громадянства іншої держави, є громадянином України.

4. Особа, яка народилася на території України від іноземців, які постійно на законних підставах проживають на території України, і не набула за народженням громадянства жодного з батьків, є громадянином України.

5. Особа, яка народилася на території України, одному з батьків якої надано статус біженця в Україні чи притулок в Україні, і не набула за народженням громадянства жодного з батьків або набула за народженням громадянство того з батьків, якому надано статус біженця в Україні чи притулок в Україні, є громадянином України.

6. Особа, яка народилася на території України від іноземця і особи без громадянства, які постійно на законних підставах проживають на території України, і не набула за народженням громадянства того з батьків, який є іноземцем, є громадянином України.

7. Новонароджена дитина, знайдена на території України, обоє з батьків якої невідомі (знайда), є громадянином України.

Особа, яка має право на набуття громадянства України за народженням, є громадянином України з моменту народження.

Набуття громадянства України за територіальним походженням

1. Особа, яка сама або хоча б один з її батьків, дід чи баба, повнорідні брат чи сестра народилися або постійно проживали до 16 липня 1990 р. на території, яка стала територією України відповідно до ст. 5 Закону України «Про правонаступництво України», а також на інших територіях, що входили до складу Української

Народної Республіки, Західноукраїнської Народної Республіки, Української Держави, Української Соціалістичної Радянської Республіки, Закарпатської України, Української Радянської Соціалістичної Республіки (УРСР), і є особою без громадянства або іноземцем, який взяв зобов'язання припинити іноземне громадянство, та подала заяву про набуття громадянства України, а також її діти реєструються громадянами України.

2. Дитина, яка народилася чи постійно проживала на території УРСР і є особою без громадянства, реєструється громадянином України за заявою одного з батьків або опікуна чи піклувальника.

3. Дитина, яка народилася на території України від батьків, які є іноземцями, і набула за народженням громадянство іншої держави або держав, яке було припинене, реєструється громадянином України за клопотанням одного з батьків або опікуна чи піклувальника.

4. Особи, які є громадянами держав, міжнародний договір України з якими дозволяє особі звертатися для набуття громадянства України за умови, якщо вона доведе, що не є громадянином цієї держави, можуть подавати заяви про набуття громадянства України лише після припинення іноземного громадянства.

5. Особи, які є іноземцями, мають припинити іноземне громадянство і подати документ про це, виданий уповноваженим органом відповідної держави, до органу, який здійснив реєстрацію, протягом року з моменту реєстрації її громадянином України. Якщо особи, маючи всі передбачені законодавством цієї держави підстави для отримання такого документа, з незалежних від них причин не можуть отримати його, або їм надано статус біженця в Україні чи притулок в Україні, вони подають декларацію про відмову від іноземного громадянства.

Зобов'язання припинити іноземне громадянство не вимагається від іноземців, які є громадянами держав, законодавство яких передбачає автоматичне припинення особами громадянства цих держав одночасно з набуттям громадянства іншої держави або міжнародні договори України з якими передбачають припинення особами громадянства цих держав одночасно з набуттям громадянства України.

Прийняття до громадянства України

Іноземець або особа без громадянства можуть бути за їх клопотаннями прийняті до громадянства України.

Умовами прийняття до громадянства України є:

1) визнання і дотримання Конституції України та законів України;

2) зобов'язання припинити іноземне громадянство або неперебування в іноземному громадянстві.

Особи, які є іноземцями, мають взяти зобов'язання припинити іноземне громадянство і подати документ про це, виданий уповноваженими органами відповідної держави, до органу, що прийняв документи про прийняття їх до громадянства України, протягом року з моменту прийняття їх до громадянства України.

Якщо особа, маючи всі передбачені законодавством цієї держави підстави для отримання такого документа, з незалежних від неї причин не може його отримати або їй надано статус біженця в Україні чи притулок в Україні, вона подає декларацію про відмову від іноземного громадянства. Це правило не поширюється на осіб, які є громадянами держав, міжнародні договори України з якими дозволяють особам звертатися для набуття громадянства України за умови, якщо доведуть, що зони не є громадянами іншої договірної сторони.

Зобов'язання припинити іноземне громадянство не вимагається від іноземців, які є громадянами держав, законодавство яких передбачає автоматичне припинення особами громадянства цих держав одночасно з набуттям громадян-

ства іншої держави або міжнародні договори України з якими передбачають припинення особами громадянства цих держав одночасно з набуттям громадянства України, а також осіб, яким надано статус біженця в Україні чи притулок **в** Україні, та осіб без громадянства;

3) безперервне проживання на законних підставах на території України протягом останніх п'яти років.

Ця умова не поширюється на особу, яка перебуває у шлюбі з громадянином України терміном понад два роки та постійно проживає в Україні на законних підставах, і на особу, яка постійно проживає в Україні на законних підставах та перебувала з громадянином України понад два роки у шлюбі, який припинився внаслідок його смерті.

Для осіб, яким надано статус біженця в Україні чи притулок в Україні, термін безперервного проживання на законних підставах на території України встановлюється на три роки з моменту надання їм статусу біженця в Україні чи притулку в Україні, а для осіб, які в'їхали в Україну особами без громадянства, — на три роки з моменту одержання дозволу на проживання в Україні;

4) отримання дозволу на постійне проживання в Україні.

Ця умова не поширюється на осіб, які мають у паспорті громадянина колишнього СРСР зразка 1974 р. відмітку про постійну або тимчасову прописку на території України, а також на осіб, яким надано статус біженця в Україні або притулок в Україні;

5) володіння державною мовою або її розуміння в обсязі, достатньому для спілкування. Ця умова не поширюється на осіб, які мають певні фізичні вади (сліпі, глухі, німі);

6) наявність законних джерел існування. Ця умова не поширюється на осіб, яким надано статус біженця в Україні або притулок в Україні.

До громадянства України не приймається особа, яка:

1) вчинила злочин проти людства чи здійснювала геноцид;

2) засуджена в Україні до позбавлення волі за вчинення тяжкого злочину (до погашення або зняття судимості);

3) вчинила на території іншої держави діяння, яке визнано законодавством України тяжким злочином.

Поновлення у громадянстві України

Особа, яка після припинення громадянства України не набула іноземного громадянства і подала заяву про поновлення у громадянстві України, реєструється громадянином України незалежно від того, проживає вона постійно в Україні чи за кордоном, за відсутності обставин, що виключають прийняття до громадянства України.

Набуття дітьми громадянства України внаслідок усиновлення

Дитина, яка є іноземцем або особою без громадянства і яку усиновляють громадяни України або подружжя, один з якого є громадянином України, а другий — особою без громадянства, стає громадянином України з моменту набрання чинності рішенням про усиновлення, незалежно від того, проживає вона постійно в Україні чи за кордоном.

Дитина, яка є особою без громадянства або іноземцем і яку усиновляє подружжя, один з якого є громадянином України, а другий — іноземцем, стає громадянином України з моменту набрання чинності рішенням про усиновлення, незалежно від того, проживає вона постійно в Україні чи за кордоном.

Набуття громадянства України внаслідок встановлення над дитиною опіки чи піклування

1. Дитина, яка є іноземцем або особою без громадянства і над якою встановлено опіку чи піклування громадян України або осіб, одна з яких є громадянином

України, а друга — особою без громадянства, стає громадянином України з момен-ту прийняття рішення про встановлення опіки чи піклування.

2. Дитина, яка проживає на території України та є особою без громадянства або іноземцем і над якою встановлено опіку чи піклування осіб, одна з яких є громадянином України, а друга — іноземцем, стає громадянином України з моменту прийняття рішення про встановлення опіки чи піклування, якщо вона у зв'язку з встановленням опіки чи піклування не набуває громадянства опікуна чи піклувальника, який є іноземцем.

3. Дитина, яка є іноземцем або особою без громадянства і виховується в державному дитячому закладі України, що стосовно неї виконує обов'язки опікуна чи піклувальника, або в дитячому будинку сімейного типу, якщо хоча б один із батьків-вихователів є громадянином України, стає громадянином України з моменту влаштування в такий заклад, за умов, якщо її батьки померли, позбавлені батьківських прав, визнані безвісно відсутніми чи недієздатними або оголошені померлими.

Набуття громадянства України особою, визнаною судом недієздатною, «наслідок встановлення над нею опіки громадянина України

Іноземець або особа без громадянства, які проживають в Україні на законних підставах, визнані судом недієздатними, над якими встановлено опіку громадянина України, набувають громадянство України з моменту набрання чинності рішенням про встановлення опіки.

Набуття громадянства України дитиною у зв'язку з перебуванням у громадянстві України її батьків чи одного з них

1. Дитина, яка є іноземцем або особою без громадянства, один з батьків якої є громадянином України, а другий є особою без громадянства, реєструється громадянином України за клопотанням того з батьків, який є громадянином України.

2. Дитина, яка є особою без громадянства, один з батьків якої є громадянином України, а другий є іноземцем, реєструється громадянином України за клопотанням того з батьків, який є громадянином України.

3. Дитина, яка є іноземцем або особою без громадянства, батьки якої перебувають у громадянстві України, реєструється громадянином України за клопотанням одного з батьків.

Датою набуття громадянства України у випадках, передбачених Законом, є дата реєстрації набуття особою громадянства України.

Набуття громадянства України дитиною внаслідок встановлення батьківства

У разі встановлення батьківства дитини, мати якої є іноземкою або особою без громадянства, а батьком визнається громадянин України, дитина незалежно від місця її народження та місця постійного проживання стає громадянином І країни.

Датою набуття громадянства України у випадку, передбаченому Законом, є дата народження дитини або дата набуття громадянства України батьком, якщо він набув його після народження дитини.

Необхідність згоди дітей під час набуття громадянства України: набуття громадянства України дітьми віком від 15 до 18 років може відбуватися лише за їхньою згодою.

Припинення громадянства України

Громадянство України припиняється:

1) внаслідок виходу з громадянства України;

2) внаслідок втрати громадянства України;

3) за підставами, передбаченими міжнародними договорами України.



Вихід з громадянства України

1. Громадянин України, який виїхав на постійне проживання за кордон, може вийти з громадянства України за його клопотанням.

2. Якщо дитина виїхала разом з батьками на постійне проживання за кордон і батьки виходять з громадянства України, за клопотанням одного з батьків разом з батьками з громадянства України може вийти і дитина.

3. Якщо один з батьків виїхав разом з дитиною на постійне проживання за кордон і виходить з громадянства України, а другий залишається громадянином України, дитина може вийти з громадянства України разом з тим із батьків, який виходить з громадянства України, за його клопотанням.

4. Якщо один з батьків виїхав разом з дитиною на постійне проживання за кордон і виходить з громадянства України, а другий є іноземцем чи особою без громадянства, дитина може вийти з громадянства України разом з тим із батьків, який виходить з громадянства України, за його клопотанням.

5. Якщо дитина виїхала на постійне проживання за кордон і її батьки вийшли з громадянства України, дитина може вийти з громадянства України за клопотанням одного з батьків.

6. Якщо дитина виїхала на постійне проживання за кордон з одним із батьків і він вийшов з громадянства України, а другий є громадянином України, дитина може вийти з громадянства України за клопотанням про це того з батьків, який вийшов з громадянства України.

7. Якщо дитина виїхала на постійне проживання за кордон з одним із батьків і він вийшов з громадянства України, а другий є іноземцем чи особою без громадянства, дитина може вийти з громадянства України за клопотанням того з батьків, який вийшов з громадянства України.

8. Дитина, яка набула за народженням громадянство України, може вийти з громадянства України за клопотанням одного з батьків незалежно від місця проживання дитини.

9. Дитина, яка усиновлена подружжям, один з якого є громадянином України, а другий є іноземцем, може вийти з громадянства України за клопотанням усиновителя, який є іноземцем.

10. Дитина, усиновлена іноземцями або особами без громадянства, може вийти з громадянства України за клопотанням одного з усиновителів.

Умови виходу з громадянства України:

—Вихід з громадянства України допускається, якщо особа набула громадянство іншої держави або отримала документ, виданий уповноваженими органами іншої держави, про те, що громадянин України набуде її громадянство, якщо вийде з громадянства України.

—Вихід дітей віком від 15 до 18 років з громадянства України може відбуватися лише за їхньою згодою.

—Вихід з громадянства України не допускається, якщо особу, яка клопоче про вихід з громадянства України, в Україні притягнуто як обвинувачену у кримі-

нальній справі або стосовно якої в Україні є обвинувальний вирок суду, що набрав чинності і підлягає виконанню.

Втрата громадянства України

Громадянство України втрачається:

1. Якщо громадянин України після досягнення ним повноліття добровільно набув громадянство іншої держави.

Добровільним набуттям громадянства іншої держави вважаються всі випадки, коли громадянин України за своїм вільним волевиявленням, вираженим у формі письмового клопотання, набув громадянство іншої держави або якщо він добровільно отримав документ, що підтверджує наявність набуття ним іноземного громадянства, за винятком випадків, якщо:

—діти при народженні одночасно з громадянством України набувають також громадянство іншої держави;

—діти, які є громадянами України і усиновлені іноземцем, набувають громадянство усиновителя;

— громадянин України автоматично набув громадянство іншої держави внаслідок одруження з іноземцем;

—згідно із законодавством іншої держави її громадянство надано громадянину України автоматично без його добровільного волевиявлення і він не отримав добровільно документ, що підтверджує наявність у нього громадянства іншої держави.

2. Якщо іноземець набув громадянство України і не подав у порядку, передбаченому Законом, документ про припинення іноземного громадянства або декларацію про відмову від нього.

3. Якщо іноземець набув громадянство України і скористався правами або виконав обов'язки, які надає чи покладає на нього іноземне громадянство.

4. Якщо особа набула громадянство України на підставі Закону внаслідок подання свідомо неправдивих відомостей або фальшивих документів.

5. Якщо громадянин України без згоди державних органів України добровільно вступив на військову службу, на роботу в службу безпеки, правоохоронні органи, органи юстиції або органи державної влади чи органи місцевого самоврядування іншої держави.

Застосування зазначених положень обмежене тими випадками, якщо внаслідок цього громадянин України стане особою без громадянства.

Повноваження Президента України Президент України:

1) приймає рішення і видає укази відповідно до Конституції України про прийняття до громадянства України і про припинення громадянства України;

2) визначає порядок провадження за заявами і поданнями з питань громадянства та виконання прийнятих рішень;

3) затверджує Положення про Комісію при Президентові України з питань громадянства.

Комісія при Президентові України з питань громадянства:

1) розглядає заяви про прийняття до громадянства України, вихід з громадянства України та подання про втрату громадянства України і вносить пропозиції Президенту України щодо задоволення цих заяв та подань;

2) повертає документи про прийняття до громадянства України чи про вихід з громадянства України уповноваженому центральному органу виконавчої влади з питань громадянства або Міністерству закордонних справ України для їх оформлення відповідно до вимог чинного законодавства України;

3) контролює виконання рішень, прийнятих Президентом України з питань громадянства.

Спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади з питань громадянства і підпорядковані йому органи здійснюють такі повноваження:

1) приймають заяви разом з необхідними документами щодо прийняття до громадянства України та виходу з громадянства України, перевіряють правильність їх оформлення, відсутність підстав, за наявності яких особа не приймається до громадянства України, а також підстав, за наявності яких не допускається вихід з громадянства України, і разом зі своїм висновком надсилають на розгляд Комісії при Президентові України з питань громадянства;

2) готують подання про втрату особами громадянства України і разом з необхідними документами надсилають на розгляд Комісії при Президентові України з питань громадянства;

3) приймають рішення про оформлення набуття громадянства України особами за підставами, передбаченими Законом України «Про громадянство»;

4) скасовують прийняті ними рішення про оформлення набуття громадянства України у випадках, передбачених Законом України «Про громадянство»;

5) виконують рішення Президента України з питань громадянства;

6) видають особам, які набули громадянство України, паспорти громадянина України, свідоцтва про належність до громадянства України (для осіб віком до 16 років), тимчасові посвідчення громадянина України, проїзні документи дитини, довідки про припинення громадянства України;

7) вилучають в осіб, громадянство України яких припинено, паспорти громадянина України, свідоцтва про належність до громадянства України, тимчасові посвідчення громадянина України, паспорти громадянина України для виїзду за кордон, проїзні документи дитини;

8) ведуть облік осіб, які набули громадянство України та припинили громадянство України.

Спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади з питань громадянства раз у півріччя інформує Комісію при Президентові України з питань громадянства про виконання рішень Президента України з питань громадянства.

Спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади з питань громадянства і підпорядковані йому органи здійснюють вказані повноваження стосовно осіб, які проживають на території України.

Міністерство закордонних справ України, дипломатичні представництва і консульські установи України здійснюють повноваження, передбачені Законом України «Про громадянство», щодо осіб, які постійно проживають за кордоном.

4.15. Державний устрій України. Формування парламенту Уряду, органів місцевого самоврядування. Президент України, умови обрання, його повноваження щодо вступу законів у дію.*

Характеристика державного устрою України включає конституційну форму правління в Україні, її адміністративно-територіальний устрій та політичний режим.

Форма правління характеризує порядок утворення та організацію вищих органів державної влади, їх взаємовідносини, ця категорія вказує, хто і як здійснює

владу в державі. Залежно від особливостей форми правління держави поділяються на монархічні та республіканські.

Монархія — це форма державного правління, за якої систему вищих органів влади очолює одна особа — монарх (цар, король, шах, імператор, султан тощо). Державна влада повністю або частково зосереджена в руках однієї особи і є спадковою. Залежно від обсягу і характеру повноважень монарха монархії поділяються на необмежені та обмежені.

Республіка — форма правління, за якої вищі органи державної влади обираються громадянами або формуються загальнонаціональними представницькими (виборними) установами. Республіки поділяються на парламентські, президентські та змішані.

Відповідно до ст. 5 Конституції, Україна є республікою. Україна є змішаною напівпрезидентською республікою.

Адміністративно-територіальний устрій відображає територіальну структуру держави, співвідношення між державою в цілому та її складовими територіальними одиницями. За формою державного територіального устрою держави поділяються на прості (унітарні) та складні (федеративні). Унітарною вважається держава, в складі якої немає інших держав або державних утворень, і територія якої поділяється на адміністративно-територіальні одиниці. До складу унітарної держави можуть входити автономні утворення (у складі України таким утворенням є .Автономна Республіка Крим), але при цьому не порушуються основні принципи, які лежать в основі унітарної держави:

—єдність території, її неподільність і недоторканність;

—єдина система права і державних органів;

—поєднання державних і регіональних інтересів.

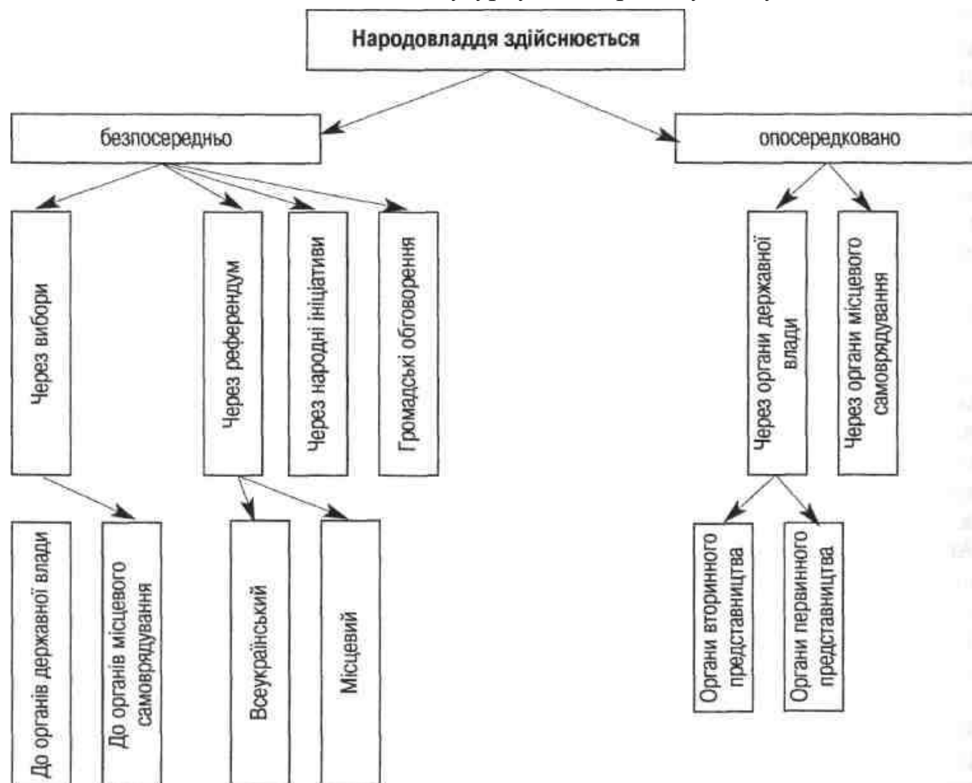
Відповідно до ст. 132 Конституції України, територіальний устрій України грунтується на засадах єдності та цілісності державної території, поєднання централізації і децентралізації у здійсненні державної влади, збалансованості соціально-економічного розвитку регіонів, з урахуванням їх історичних, економічних, екологічних, географічних і демографічних особливостей, етнічних і культурних традицій. Стаття 133 Конституції закріплює систему адміністративно-територіального устрою України, яку складають: Автономна Республіка Крим, області, райони, міста, райони в містах, селища і села. До складу України входять: Автономна Республіка Крим, Вінницька, Волинська, Дніпропетровська, Донецька, Житомирська, Закарпатська, Запорізька, Івано-Франківська, Київська, Кіровоградська, Луганська, Львівська, Миколаївська, Одеська, Полтавська, Рівненська, Сумська, Тернопільська, Харківська, Херсонська, Хмельницька, Черкаська, Чернівецька, Чернігівська області, міста Київ та Севастополь. Міста Київ та Севастополь мають спеціальний статус, який визначається законами України. Автономна Республіка Крим, згідно зі ст. 134 Конституції України, є невід'ємною частиною України.

Політичний режим є системою засобів та способів здійснення державної влади, характеризується рівнем гарантованості прав і свобод людини і громадянина. Політичний режим традиційно поділяють на демократичні та недемократичні.

Стаття 1 Конституції характеризує Україну як демократичну державу. Конституція закріплює принципи народного волевиявлення, поділу влади, політичної, економічної та ідеологічної багатоманітності, відповідальності держави перед людиною за свою діяльність тощо.

Стаття 5 Конституції України визнає народ носієм суверенітету та єдиним джерелом влади. Право визначати і змінювати конституційний лад в Україні на-

лежить виключно народові і не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами. Ніхто не може узурпувати державну владу.



Народовладдя в Україні здійснюється безпосередньо, через державні органи і органи місцевого самоврядування. Проявом безпосереднього народовладдя є вибори, всеукраїнський і місцевий референдуми, народні ініціативи, громадські обговорення тощо. У разі здійснення народом влади через державу формуються органи народного представництва.

У державному апараті слід розрізняти органи первинного і вторинного представництва народу. Державні органи первинного представництва утворюються шляхом їх виборів, за допомогою яких влада делегується державі безпосередньо народом. В Україні ними є Верховна Рада України та Президент України. Державні органи, які формуються Верховною Радою України та Президентом України, є органами вторинного, опосередкованого представництва. Позитивною якістю безпосереднього народовладдя є широта залучення народу до вирішення державних справ. Перевагами функціонування представницьких органів є те, що вони є постійно діючими, діють на професійній основі.

Відповідно до Рішення Конституційного Суду України від 26 березня 2002 р., «місцеве самоврядування слід розглядати як форму здійснення народом влади».

В Україні до проведення конституційної реформи вибори депутатів здійснювалися за змішаною (пропорційно-мажоритарною) системою: 225 депутатів обиралися за пропорційною системою у багатомандатному загальнодержавному виборчому окрузі (далі — багатомандатний округ) за виборчими списками кандидатів у депутати (далі — виборчі списки) від політичних партій, виборчих блоків політичних

партій; 225 депутатів обиралися за мажоритарною системою відносної більшості в одномандатних виборчих округах.

Відповідно до Закону України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 р., прийняття якого оформило проведення конституційної реформи в Україні, вибори народних депутатів Верховної Ради України у 2006 р. проходили за пропорційною виборчою системою. Верховна Рада України, обрана у 2002 р., продовжувала здійснювати конституційні повноваження до дня набуття повноважень Верховною Радою України, обраною у 2006 р. Конституційний склад Верховної Ради України у кількості 450 народних депутатів України обирався у 2006 році на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування на засадах пропорційної системи з обранням народних депутатів України в багатомандатному загальнодержавному виборчому окрузі за виборчими списками кандидатів у депутати від політичних партій, виборчих блоків політичних партій відповідно до закону.

Чергові вибори депутатів Верховної Ради України відбуваються в останню неділю березня п'ятого року повноважень Верховної Ради України.

Народним депутатом України може бути громадянин України, який на день виборів досяг 21 року, має право голосу і проживає в Україні протягом останніх п'яти років.

Не може бути обраним до Верховної Ради України громадянин, який має судимість за вчинення умисного злочину, якщо ця судимість не погашена і не знята у встановленому законом порядку.

Право голосу на виборах і референдумах мають громадяни України, які досягли на день їх проведення 18 років (ст. 70 Конституції). Не мають права голосу громадяни, яких визнано судом недієздатними.

Згідно зі ст. 75 Конституції України Верховна Рада України є єдиним органом законодавчої влади в Україні.

Стаття 76 Конституції закріплює конституційний склад Верховної Ради України — 450 народних депутатів України. Верховна Рада України працює сесійно. Верховна Рада України є повноважною за умови обрання не менш як двох третин від її конституційного складу.

Верховна Рада України збирається на першу сесію не пізніше ніж на тридцятий день після офіційного оголошення результатів виборів.

Перше засідання Верховної Ради України відкриває найстарший за віком народний депутат України. Порядок роботи Верховної Ради України встановлюється Конституцією України та законом про регламент Верховної Ради України.

Відповідно до змін, внесених до Конституції України Законом України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 р. № 2222-ІУ народні депутати України не можуть мати іншого представницького мандата, бути на державній службі, обіймати інші оплачувані посади, займатися іншою оплачуваною або підприємницькою діяльністю (крім викладацької, наукової та творчої діяльності), входити до складу керівного органу чи наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку.

У разі виникнення обставин, що порушують вимоги щодо несумісності депутатського мандата з іншими видами діяльності, народний депутат України у двадцятиденний строк з дня виникнення таких обставин припиняє таку діяльність або подає особисту заяву про складення повноважень народного депутата України.

Повноваження народного депутата України припиняються достроково в разі:

1) складення повноважень за його особистою заявою;

2) набрання законної сили обвинувальним вироком щодо нього;

3) визнання його судом недієздатним або безвісно відсутнім;

4) припинення його громадянства або його виїзду на постійне проживання за межі України;

5) якщо протягом двадцяти днів з дня виникнення обставин, які призводять до порушення вимог щодо несумісності депутатського мандата з іншими видами діяльності, ці обставини ним не усунуто;

6) невходження народного депутата України, обраного від політичної парти (виборчого блоку політичних партій), до складу депутатської фракції цієї політичної партії (виборчого блоку політичних партій) або виходу народного депутата України зі складу такої фракції;

7) його смерті.

У разі невходження народного депутата України, обраного від політичної партії (виборчого блоку політичних партій), до складу депутатської фракції цієї політичної партії (виборчого блоку політичних партій) або виходу народного депутата України зі складу такої фракції його повноваження припиняються достроково на підставі закону за рішенням вищого керівного органу відповідної політичної партії (виборчого блоку політичних партій) з дня прийняття такого рішення.

Чергові сесії Верховної Ради України починаються першого вівторка лютого і першого вівторка вересня кожного року.

У Верховній Раді України за результатами виборів і на основі узгодження політичних позицій формується коаліція депутатських фракцій, до складу якої входить більшість народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України.

Коаліція депутатських фракцій у Верховній Раді України формується протягом одного місяця з дня відкриття першого засідання Верховної Ради України, шо проводиться після чергових або позачергових виборів Верховної Ради України, або протягом місяця з дня припинення діяльності коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України.

Коаліція депутатських фракцій у Верховній Раді України відповідно до Конституції вносить пропозиції Президенту України щодо кандидатури Прем'єр-міністра України, пропозиції щодо кандидатур до складу Кабінету Міністрів України.

До повноважень Верховної Ради України належить:

— призначення за поданням Президента України Прем'єр-міністра України. Міністра оборони України, Міністра закордонних справ України, призначення за поданням Прем'єр-міністра України інших членів Кабінету Міністрів України. Голови Антимонопольного комітету України, Голови Державного комітету телебачення та радіомовлення України, Голови Фонду державного майна України, звільнення зазначених осіб з посад, вирішення питання про відставку Прем'єр-міністра України, членів Кабінету Міністрів України;

— призначення на посаду та звільнення з посади за поданням Президента України Голови Служби безпеки України.

Повноваження Верховної Ради України припиняються у день відкриття першого засідання Верховної Ради України нового скликання.

Президент України має право достроково припинити повноваження Верховної Ради України, якщо:

1) протягом одного місяця у Верховній Раді України не сформовано коаліцію депутатських фракцій відповідно до Конституції;

2) протягом шістдесяти днів після відставки Кабінету Міністрів України не сформовано персональний склад Кабінету Міністрів України;

3) протягом тридцяти днів однієї чергової сесії пленарні засідання не можуть розпочатися.

Рішення про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України приймається Президентом України після консультацій з Головою Верховної Ради України, його заступниками та головами депутатських фракцій у Верховній Раді України.

У разі дострокового припинення повноважень Президента України відповідно до Конституції виконання обов'язків Президента України на період до обрання і вступу на пост нового Президента України покладається на Голову Верховної Ради України.

Відповідно до ст. 102 Конституції України, Президент України є главою держави і виступає від її імені.

Президент України є гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина.

Президент України обирається громадянами України на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування строком на п'ять років.

Президентом України може бути обраний громадянин України, який досяг тридцяти п'яти років, має право голосу, проживає в Україні протягом десяти останніх перед днем виборів років та володіє державною мовою.

Одна й та сама особа не може бути Президентом України більше ніж два строки підряд.



Президент України не може мати іншого представницького мандата, обіймати посаду в органах державної влади або в об'єднаннях громадян, а також займа-тися іншою оплачуваною або підприємницькою діяльністю чи входити до складу керівного органу або наглядової ради підприємства, що має на меті одержання прибутку.

Чергові вибори Президента України проводяться в останню неділю жовтня п ятого року повноважень Президента України. У разі дострокового припинення повноважень Президента України вибори Президента України проводяться в період дев'яноста днів з дня припинення повноважень.

Стаття 104 Конституції України встановлює, що новообраний Президент України вступає на пост не пізніше ніж через тридцять днів після офіційного оголошення результатів виборів, з моменту складення присяги народові на урочистому засіданні Верховної Ради України.

Приведення Президента України до присяги здійснює Голова Конституційного Суду України.

Президент України користується правом недоторканності на час виконанні повноважень.

За посягання на честь і гідність Президента України винні особи притягаються до відповідальності на підставі закону.

Звання Президента України охороняється законом і зберігається за ним довічно, якщо тільки Президент України не був усунений з поста в порядку імпічменту.

Президент України підписує закони, прийняті Верховною Радою України, крім того, він має право вето щодо прийнятих Верховною Радою України закон із наступним поверненням їх на повторний розгляд Верховної Ради України.

Президент України не може передавати свої повноваження іншим особам або органам.

Президент України на основі та на виконання Конституції і законів України дає укази і розпорядження, які є обов'язковими до виконання на території України

Президент України виконує свої повноваження до вступу на пост новообраного Президента України.

Повноваження Президента України припиняються достроково у разі:

—відставки;

—неможливості виконувати свої повноваження за станом здоров'я;

—усунення з поста в порядку імпічменту;

—смерті.

Президент України може бути усунений з поста Верховною Радою України в порядку імпічменту у разі вчинення ним державної зради або іншого злочину.

Питання про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту ініціюється більшістю від конституційного складу Верховної Ради України.

Для проведення розслідування Верховна Рада України створює спеціальнітимчасову слідчу комісію, до складу якої включаються спеціальний прокурог спеціальні слідчі.

Висновки і пропозиції тимчасової слідчої комісії розглядаються на засіданні Верховної Ради України.

За наявності підстав Верховна Рада України не менш як двома третинами вії її конституційного складу приймає рішення про звинувачення Президента України.

Рішення про усунення Президента України з поста в порядку імпічмс приймається Верховною Радою України не менш як трьома четвертими вії конституційного складу після перевірки справи Конституційним Судом Укра: і отримання його висновку щодо додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про імпічмент та отримання висновку Верховного Суду України про те, що діяння, в яких звинувачується Президент України, містять ознаки державної зради або іншого злочину.

Відповідно до ст. 113 Конституції, *Кабінет Міністрів України є вищим органам у системі органів виконавчої влади.*

Кабінет Міністрів України *відповідальний* перед Президентом України та *підконтрольний* і *підзвітний* Верховній Раді України.

Кабінет Міністрів України у своїй діяльності керується Конституцією і законами України, актами Президента України.

До *складу* Кабінету Міністрів України входять Прем'єр-міністр України. Перший віце-прем'єр-міністр, три віце-прем'єр-міністри, міністри.



Прем'єр-міністр України керує роботою Кабінету Міністрів України, спрямовує її на виконання Програми діяльності Кабінету Міністрів України, схваленої Верховною Радою України.

Прем'єр-міністр України входить із поданням до Президента України про утворення, реорганізацію та ліквідацію міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, в межах коштів, передбачених Державним бюджетом України на утримання цих органів.

Відповідно до Закону України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 р., (набрав чинності з 1 вересня 2005 р.):

1. Прем'єр-міністр України призначається Верховною Радою України за поданням Президента України.

2. Кандидатуру для призначення на посаду Прем'єр-міністра України вносить Президент України за пропозицією коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України, сформованої відповідно до Конституції України, або депутатської фракції, до складу якої входить більшість народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України.

Міністр оборони України, Міністр закордонних справ України призначаються Верховною Радою України за поданням Президента України, інші члени Кабінету Міністрів України призначаються Верховною Радою України за поданням Прем'єр-міністра України.

3. Кабінет Міністрів України складає повноваження перед новообраною Вер
ховною Радою України.

Відповідно до Конституції України, ***до центральних органів виконавчої влади*** належать міністерства та інші центральні органи виконавчої влади *(див. схему).*

Детальніше це питання врегульоване Указом Президента України «Про систему центральних органів виконавчої влади» від 15 грудня 1999 р.

Відповідно до Указу, до системи центральних органів виконавчої влади України входять міністерства, державні комітети (державні служби) та центральні органи виконавчої влади зі спеціальним статусом.



Міністерство є головним (провідним) органом у системі центральних органів виконавчої влади в забезпеченні впровадження державної політики у визначеній сфері діяльності. Міністр, як член Кабінету Міністрів України, особисто

відповідає за розроблення і реалізацію державної політики, спрямовує і координує здійснення центральними органами виконавчої влади заходів з питань, віднесених до його відання, приймає рішення щодо розподілу відповідних бюджетних коштів. Не допускається прийняття актів Кабінету Міністрів України та утворених ним органів, внесення проектів законів та актів Президента України з таких питань без погодження з відповідним міністром. Міністр на виконання вимог законодавства в межах наданих повноважень визначає політичні пріоритети та стратегічні напрями роботи міністерства та шляхи досягнення поставлених цілей.

Міністр має перших заступників та заступників, які належать до **числа** керівників відповідного міністерства. Порядок виконання обов'язків міністра і разі його тимчасової відсутності визначається Кабінетом Міністрів України.

Державний комітет (державна служба) є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовує і координує Прем'єр-міністр України або од;: І із віце-прем'єр-міністрів чи міністрів. Державний комітет (державна служба вносить пропозиції щодо формування державної політики відповідним членам Кабінету Міністрів України та забезпечує її реалізацію у визначеній сфері діяльності, здійснює управління в цій сфері, а також міжгалузеву координацію та функціональне регулювання з питань, віднесених до його відання. Державний комітет (державну службу) очолює його голова.

Центральний орган виконавчої влади зі спеціальним статусом має визначе - Конституцією та законодавством України особливі завдання та повноваження, щодо нього може встановлюватися спеціальний порядок утворення, реорганізації, ліквідації, підконтрольності, підзвітності, а також призначення і звільнення керівників та вирішення інших питань. Центральний орган виконавчої влад: зі спеціальним статусом очолює його голова.

Центральні органи виконавчої влади діють на підставі положень, які затверджує Президент України.

Керівників центральних органів виконавчої влади в установленому порядку призначає на посади Президент України за поданням Прем'єр-міністра України Повноваження керівників центральних органів виконавчої влади на цих посадах припиняє Президент України.

Гранична чисельність працівників центральних органів виконавчої влади затверджується Кабінетом Міністрів України.

Структуру міністерства затверджує міністр. Структуру іншого центрального органу виконавчої влади затверджує його керівник. Структура центральних органів виконавчої влади затверджується за погодженням з Прем'єр-міністром України, Першим віце-прем'єр-міністром, віце-прем'єр-міністрами відповідно до розподілу їх функціональних повноважень.

Відповідно до ст. 118 Конституції України, виконавчу владу в областях і районах, містах Києві та Севастополі здійснюють ***місцеві державні адміністрації.***

Особливості здійснення виконавчої влади у містах Києві та Севастополі визначаються окремими законами України.

Склад місцевих державних адміністрацій формують голови місцевих державних адміністрацій.

Голови місцевих державних адміністрацій призначаються на посаду і звільняються з посади Президентом України за поданням Кабінету Міністрів України.

Голови місцевих державних адміністрацій при здійсненні своїх повноважень відповідальні перед Президентом України і Кабінетом Міністрів України, підзвітні та підконтрольні органам виконавчої влади вищого рівня.

Місцеві державні адміністрації підзвітні і підконтрольні радам у частині повноважень, делегованих їм відповідними районними чи обласними радами.

Рішення голів місцевих державних адміністрацій, що суперечать Конституції та законам України, іншим актам законодавства України, можуть бути відповідно до закону скасовані Президентом України, або головою місцевої державної адміністрації вищого рівня.

Обласна чи районна рада може висловити недовіру голові відповідної місцевої державної адміністрації, на підставі чого Президент України приймає рішення і дає обґрунтовану відповідь.

Якщо недовіру голові районної чи обласної державної адміністрації висловили дві третини депутатів від складу відповідної ради, Президент України приймає рішення про відставку голови місцевої державної адміністрації.

В Україні визнається і гарантується місцеве самоврядування. Це положення закріплено на конституційному рівні (ст. 7). Права місцевого самоврядування захищаються в судовому порядку (ст. 145).

В Україні діє ***Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні»*** від 21 травня 1997 р.

Місцеве самоврядування в Україні *— це гарантоване державою право та реальна здатність територіальної громади — жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища, міста — самостійно або під відповідальність органів та посадових осіб місцевого самоврядування вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України.*

Місцеве самоврядування здійснюється територіальними громадами сіл, селищ, міст як безпосередньо, так і через сільські, селищні, міські ради та їх виконавчі органи, а також через районні та обласні ради, які представляють спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ, міст.

Громадяни України реалізують своє право на участь у місцевому самоврядуванні за належністю до відповідних територіальних громад.

Будь-які обмеження права громадян України на участь у місцевому самоврядуванні залежно від їх раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, терміну проживання на відповідній території, за мовними чи іншими ознаками забороняються.



Матеріальною і фінансовою основою місцевого самоврядування є рухоме і нерухоме майно, доходи місцевих бюджетів, інші кошти, земля, природні ресурси,



що є у власності територіальних громад сіл, селищ, міст, районів у містах, а також об'єкти їхньої спільної власності, що перебувають в управлінні районних і обласних рад.

Територіальні громади сіл, селищ і міст можуть об'єднувати на договірних засадах об'єкти комунальної власності, а також кошти бюджетів для виконання спільних проектів або для спільного фінансування (утримання) комунальні-: підприємств, організацій і установ, створювати для цього відповідні органи і служби.

Держава бере участь у формуванні доходів бюджетів місцевого самоврядування, фінансово підтримує місцеве самоврядування. Витрати органів місцевого самоврядування, що виникли внаслідок рішень органів державної влади, компенсуються державою.

До представницьких органів місцевого самоврядування відносяться сільськ селищні, міські ради. До складу сільської, селищної, міської ради входять депу - тати, які обираються жителями села, селища, міста на основі загального, рівного, прямого виборчого права шляхом таємного голосування строком на чотири роки.

Територіальні громади на основі загального, рівного, прямого виборчого права шляхом таємного голосування обирають строком на чотири роки відповідно сільського, селищного та міського голову, який очолює виконавчий орган ради та головує на її засіданнях.

Районні та обласні ради є органами місцевого самоврядування, що представляють спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ та міст.

Органи місцевого самоврядування в межах повноважень, визначених законом, приймають рішення, які є обов'язковими до виконання на відповідній території.

4.16. Обов'язки громадян України. Правова допомога адвоката у випадках притягнення громадян до відповідальності за порушення конституційних обов'язків.

Конституційні обов'язки людини і громадянина — закріплена на конституційному рівні міра необхідної поведінки, зумовлена потребами існування та розвитку інших людей, держави і суспільства.

Обов'язок тісно пов'язаний з правом; це парні, взаємопов'язані поняття.

По-перше, права та свободи людини і громадянина, з одного боку, і обов'язки людини і громадянина — з другого становлять разом таку юридичну конструкцію, як ***правовий статус.***

По-друге, будь-яка правова норма має уповноважуючо-зобов'язуючий характер, передбачає як можливу (права людини), так і належну поведінку (обов'язки людини). Обов'язок — спосіб забезпечення суб'єктивного права, умова їх реальності. Будь-яке право може бути реалізоване тільки через чиїсь обов'язки, і навпаки, обов'язки передбачають чиєсь право вимагати їх виконання. Обов'язок — інша сторона права.

Будь-яке право включає три елементи:

—право на свої дії;

—право вимагати від інших відповідної поведінки;

—право на захист своїх прав.



Права та обов'язки — основний вихідний елемент правової норми. ***Класифікація конституційних обов'язків:***

1. Залежно від наявності правового зв'язку між особою та державою можна виділяти:

—обов'язки людини;

—обов'язки громадянина.

2. За сферою здійснення конституційні обов'язки поділяються на:

—громадські;

—політичні;

—економічні;

—соціальні;

—культурні.



Відповідно до ст. 23 Конституції України, кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, та має обов'язки перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості.

Кожному гарантується право знати свої права і обов'язки.

Закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення у порядку, встановленому законом.

Закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є нечинними (ст. 57 Конституції України).

На конституційному рівні закріплено такі обов'язки:

1. Кожен зобов'язаний не заподіювати шкоду природі, культурній спадщині, відшкодовувати завдані ним збитки (ст. 66 Основного Закону).

2. Кожен зобов'язаний сплачувати податки і збори в порядку і розмірах, встановлених законом (ст. 67 Конституції).

3. Захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України (ст. 65 Конституції).

4. Кожен зобов'язаний неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь та гідність інших людей (ст. 68 Конституції України).

4.17. Права людини згідно з Конституцією України. Захист прав людини і громадянина. Механізм реалізації цих прав.

Відповідно до Конституції України, права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ст. З Конституції України).

Права людини представляють собою певні можливості людини, необхідні для її існування та розвитку в конкретно-історичних умовах, які об'єктивно визначаються досягнутим людством рівнем розвитку і мають бути рівними для усіх людей.

В юридичній науці розглядається питання співвідношення понять «свободи» і «права». Відмінність між правами і свободами людини є не абсолютною, а відносною. І поняття прав людини, і поняття свобод людини відображають людські можливості. У цьому — принципова спільність цих понять. Та все ж права і свободи людини не є цілком тотожними явищами: вони розрізняються головним чином за шляхами, засобами їх здійснення та забезпечення. Права людини можуть бути здійсненими, як правило, за наявності певних юридичних засобів, «механізмів» (наприклад, права на працю, на освіту, на соціальне забезпечення неможливо реалізувати, якщо не встановлено відповідної юридичної процедури). А свободи людини у багатьох випадках можуть бути здійсненими і без такого втручання держави; її місія щодо них полягає в охороні, непорушуванні й захисті відповідних можливостей людини (наприклад, свободи слова, сповідування будь-якого віровчення, вибору місця проживання).

Гарантії прав і свобод людини — *це такі засоби і механізми, які сприяють здійсненню прав і свобод людини, забезпечують їх охорону й захист.* Згадка про такі гарантії зобов'язує державу не тільки проголошувати, декларувати у Конституції та інших законах права і свободи, а й дбати, піклуватися про їх здійсненність *(схему див. на наст. стор.).*

1. Однією з головних ознак прав і свобод людини є їх природний характер. Права людини є соціально-історичним, а не біологічним або фізіологічним яви



щем, а це означає, що природний характер є ознакою прав людини у тому розумінні, що саме від народження люди вважаються рівними у своїй гідності та правах. Реалізація особистістю прав людини має своєю основною метою «забезпечення свого нормального існування, розвитку, задоволення потреб, що сформувалися».

Таким чином, природний характер прав людини знаходить свій прояв у тому, що вони надаються від народження і їх виникнення не обумовлене волевиявленням якоїсь особи, в тому числі держави. Крім того, людина не може бути позбавлена її прав або свавільно обмежена в них.

2. З цією тезою пов'язана наступна ознака прав людини — їх *невід'ємний характер*. Позбавлена прав людина не може бути повноцінним суб'єктом не тільки у вузькому, юридичному сенсі, як суб'єкт права, а й у більш широкому розумінні, як особистість, оскільки не має гарантованих можливостей брати участь у вирішенні питань суспільного й свого власного життя. Права людини окреслюють той простір, який забезпечує кожній людині умови її самореалізації.

3. Права людини мають *визнаватися державою* й *закріплюватися* у законодавстві. Визнання державою прав людини шляхом закріплення їх у Конституції чи в іншому законі є не тільки формальним (процедурним) моментом, але також має досить конкретну соціальну цінність для їх реалізації. Річ у тім, що хоча права людині не «даруються» державою і їх виникнення не залежить від її волевиявлення, але визнання, забезпечення й захист прав і свобод людини є однією з основних функцій демократичної держави, що потребує їх формулювання на законодавчому рівні.

4. Однією з важливих рис прав людини є їх рівність.

5. Універсальний характер прав людини, їх «всезагальність», вони не обмежені територією держави (є позатериторіальними) і не залежать від національної приналежності людини (наднаціональні): вони належать людині вже тому, що вона людина.

Усі права і свободи можна також поділити на ***дві групи:***

1. *Права людини* як фундаментальні, абсолютні, невід'ємні права, які притаманні людині від народження, їх об'єм і зміст не залежить від того, громадянином чи підданим якої держави є людина. Серед них — право на життя, фізичну і моральну недоторканність, особисту свободу і безпеку, свободу віросповідання та ін.

2. Права *громадянина,* які випливають із факту правової належності людини до певної держави — громадянства або підданства. Це ті права, які людина може реалізувати тільки перебуваючи у певному правовому зв'язку з певною державою. Це право на участь в управлінні справами суспільства і держави, право бути членом політичної партії тощо.

Принципи, на яких ґрунтується інститут прав і свобод людини та громадянина:

— невідчужуваність і непорушність прав і свобод людини (цей принцип закріплено у ст. 21 Конституції України);

—визнання усіх людей вільними та рівними у своїй гідності та правах (ст. 24 Конституції України);

—невичерпність прав і свобод людини та громадянина, закріплених Конституцією (ст. 22 Конституції);

—гарантованість прав і свобод з боку держави (ст. 3 Конституції України). Зокрема, в Конституції зазначається, що права і свободи людини та громадянина захищаються судом. Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Кожен має право звертатися за захистом своїх прав до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. Кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна. Кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань;

—недопустимість звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів;

—рівність громадян перед законом;

—заборона привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними та іншими ознаками (ст. 24 Конституції України);

—визнання за іноземцями та особами без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користування тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, — за винятками, встановленими Конституцією, законами та міжнародними договорами України (ст. 26 Конституції України).

Класифікація конституційних прав та свобод людини і громадянина:

1. За наявністю залежності реалізації прав від сприяння з боку держави:

—негативні — права, що не потребують для своєї реалізації втручання з боку держави; від держави вимагають лише утримуватися від втручання до сфери реалізації цих прав;

—позитивні — права, для реалізації яких є необхідним сприяння держави: держава зобов'язана створювати умови для реалізації цих прав;

2. За часом виникнення:

—права першого покоління — громадянські та політичні права, які були сформульовані під час буржуазних революцій (друга пол. XVIII ст.);

—права другого покоління — економічні, соціальні, культурні права (кінець XIX-поч. XXст.);

—права третього покоління — колективні права, особливість яких полягає у тому, що вони здійснюються не окремим індивідом, а колективно: право на мир. на міжнародне спілкування (друга пол. XX ст.);

3. За суб'єктом прав:

—індивідуальні, які реалізуються окремою особою;

—колективні, які можуть бути реалізовані тільки групою людей.

Колективні права є такими за своєю природою, що індивідуально здійснити їх неможливо, наприклад, право на страйк.

4. За своїм змістом права поділяються на: політичні, громадянські, економічні, соціальні та культурні.

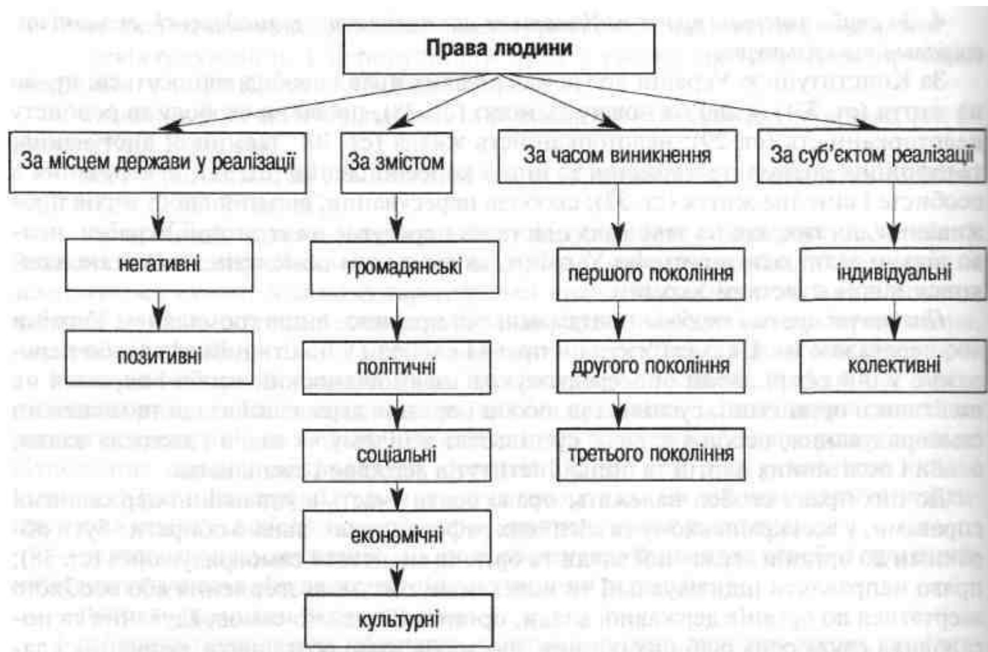
За Конституцією України до громадянських прав і свобод відносяться: право на життя (ст. 27); право на повагу гідності (ст. 28); право на свободу та особисту недоторканність (ст. 29); недоторканність житла (ст. ЗО); таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції (ст. 31); невтручання в особисте і сімейне життя (ст. 32); свобода пересування, вільний вибір місця проживання для тих, хто на законних підставах перебуває на території України, право вільно залишати територію України, за винятком обмежень, які встановлюються законодавством України.

Політичні права і свободи притаманні, як правило, лише громадянам України або переважно їм. Це їх суб'єктивні права і свободи у політичній сфері або переважно у цій сфері. Вони опосередковують взаємовідносини особи і держави як політичної організації, суспільства, особи і органів державної влади та місцевого самоврядування, особи і народу, суспільства в цілому як носія і джерела влади, особи і політичних партій та інших інститутів держави і суспільства.

До цих прав і свобод належать: право брати участь в управлінні державними справами, у всеукраїнському та місцевих референдумах, вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування (ст. 38); право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів, що зобов'язані розглянути звернення і дати обґрунтовану відповідь у встановлений законом строк (ст. 40); право на свободу об'єднання у політичні партії і громадські організації для здійснення і захисту своїх прав і свобод та задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів, за винятком обмежень, встановлених законом в інтересах національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей (ст. 36); право збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, про проведення яких завчасно сповіщаються органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування (ст. 39) тощо.

Соціально-економічні права і свободи — суб'єктивні права і свободи у сфері економічних (майнових) відносин. До цих прав за Конституцією України належать насамперед право приватної власності (ст. 41); право на підприємницьку діяльність (ст. 42); право громадян на користування об'єктами права публічної (суспільної) власності: загальнонародної, загальнодержавної та комунальної (статті 13, 41); право на працю (ст. 43); право на страйк (ст. 44); право на відпочинок (ст. 45); право на соціальний захист (ст. 46); право на житло (ст. 47); право на медичну допомогу і медичне страхування (ст. 49); право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди (ст. 50) тощо.

Культурні (духовні) права і свободи найменш систематизовані, проте вони надзвичайно багатогранні за своєю суттю, змістом і формами. За своїм змістом культурні (духовні) права і свободи людини та громадянина — це суб'єктивні права особи в культурній (духовній, ідеологічній) сфері. Вони становлять межі можливого, дозволеного для особи, її поведінки чи діяльності у цій сфері. За Конституцією України до культурних (духовних) прав і свобод належать: право на освіту (ст. 53); право на свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості (ст. 54); право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності (ст. 54) тощо *(схему див. на наст. стор).*



Система прав і свобод людини і громадянина, що гарантуються Конституцією України, розроблена з урахуванням відповідних міжнародних правових актів: Загальної декларації прав людини (1948), Міжнародного пакту про громадянські та політичні права (1966), Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права (1966), Європейської конвенції про права людини і основні свободи (1950), Паризької хартії для нової Європи (1990) та ін. Аналіз статей розділу II Конституції України дозволяє дійти до висновку, що Основний Закон України закріпив основні міжнародно-правові стандарти в галузі прав людини.

***Міжнародні стандарти в галузі прав людини** — універсальний перелік фундаментальних прав людини, без реалізації яких є неможливим нормальне існування і розвиток людини у сучасному суспільстві.*



***Універсальні стандарти** — стандарти, закріплені у міжнародних договорах, норми яких розповсюджують свою дію на більшість країн світу.* Це, перш за все, стандарти, закріплені в конвенціях і пактах ООН. З метою забезпечення здійснення міжнародних стандартів прав людини функціонують механізми міжнародного захисту прав людини. Механізм міжнародного захисту прав людини складається з двох рівнів:

I рівень — *процедура моніторингу;*

II рівень — *процедура індивідуальних скарг.*

Процедура моніторингу полягає у тому, що спеціально уповноважені міжнародні органи здійснюють нагляд за реалізацією міжнародних стандартів прав людини в країнах, що зобов'язалися їх дотримуватися. Кожна держава-учасниця певного міжнародного договору з прав людини звітує перед відповідними комітетами ООН чи іншими міжнародними організаціями, які здійснюють нагляд за дотриманням положень міжнародних договорів, шляхом представлення доповіді представника держави з зазначенням конкретних фактів дотримання чи недотримання норм даного міжнародного договору. Держави звітують кожні 4-5 років (період звітування встановлено договорами). Члени комітетів ставлять питання перед державою, на які вона повинна дати відповіді. Крім того, деякі міжнародні договори передбачають процедуру розслідування.

Процедура подання індивідуальних скарг передбачена чотирма міжнародними договорами ООН у галузі прав людини:

—*Міжнародний пакт про громадянські та політичні права;*

—*Конвенція про ліквідацію расової дискримінації;*

—*Конвенція проти катувань;*

—*Конвенція з ліквідації всіх форм дискримінації щодо згсінок.*

Індивідуальні скарги подаються до відповідних комітетів ООН:

—*Комітет з прав людини;*

—*Комітет проти расової дискримінації;*

—*Комітет проти катувань;*

—*Комітет проти дискримінації щодо жінок.*

Необхідною умовою подання скарги до міжнародних установ є вичерпання всіх національних засобів захисту (тобто отримання рішення найвищої судової інстанції в державі). Індивідуальні скарги подаються громадянами держави, яка ратифікувала відповідний міжнародний договір, у разі порушення права, закріпленого даним договором.

Регіональні стандарти — *стандарти у галузі прав людини, які розповсюджуються на держави, розташовані у межах певного регіону світу* (наприклад, Європи, Африки тощо). Одним з найбільш відомих міжнародних органів, що здійснюють захист регіональних стандартів у галузі прав людини, є Європейський суд з прав людини.

Міжнародні стандарти в галузі прав людини можна також поділяти на *загальні* та *спеціальні* залежно від того, розповсюджуються вони на всіх людей чи тільки на окремі категорії. Так, стандарти, закріплені в Конвенції ООН з ліквідації всіх форм дискримінації щодо жінок, можна віднести до спеціальних, оскільки вони розповсюджуються тільки на жінок.

4.18. Перелік прав і свобод, які регулюються виняткову законами України. Порядок прийняття законів та набрання ними чинності.

Відповідно до ст. 92 Конституції України, виключно законами України визначаються:

1) права і свободи людини та громадянина, гарантії цих прав і свобод; основні обов'язки громадянина;

2) громадянство, правосуб'єктність громадян, статус іноземців та осіб без громадянства;

3) права корінних народів і національних меншин;
4) порядок застосування мов;
5) засади використання природних ресурсів, виключної (морської) економічної зони, континентального шельфу, освоєння космічного простору, організації та експлуатації енергосистем, транспорту і зв'язку;
6) основи соціального захисту, форми і види пенсійного забезпечення; засади регулювання праці і зайнятості, шлюбу, сім'ї, охорони дитинства, материнства, батьківства; виховання, освіти, культури і охорони здоров'я; екологічної безпеки:
7) правовий режим власності;
8) правові засади і гарантії підприємництва; правила конкуренції та норми антимонопольного регулювання;
9) засади зовнішніх відносин, зовнішньоекономічної діяльності, митної справи:
10) засади регулювання демографічних та міграційних процесів;
11) засади утворення і діяльності політичних партій, інших об'єднань громадян, засобів масової інформації;
12) організація і діяльність органів виконавчої влади, основи державної служби, організації державної статистики та інформатики;
13) територіальний устрій України;
14) судоустрій, судочинство, статус суддів, засади судової експертизи, організація і діяльність прокуратури, органів дізнання і слідства, нотаріату, органів і установ виконання покарань; засади організації та діяльності адвокатури;
15) засади місцевого самоврядування;
16) статус столиці України; спеціальний статус інших міст;
17) основи національної безпеки, організації Збройних Сил України і забезпечення громадського порядку;
18) правовий режим державного кордону;
19) правовий режим воєнного і надзвичайного стану, зон надзвичайної екологічної ситуації;
20) організація і порядок проведення виборів і референдумів;
21) організація і порядок діяльності Верховної Ради України, статус народних депутатів України;
22) засади цивільно-правової відповідальності; діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них.

Виключно законами України встановлюються:

1) Державний бюджет України і бюджетна система України; система оподаткування, податки і збори; засади створення і функціонування фінансового, грошового, кредитного та інвестиційного ринків; статус національної валюти, а також статус іноземних валют на території України; порядок утворення і погашення державного внутрішнього і зовнішнього боргу; порядок випуску та обігу державних цінних паперів, їх види і типи;
2) порядок направлення підрозділів Збройних Сил України до інших держав: порядок допуску та умови перебування підрозділів збройних сил інших держав на території України;
3) одиниці ваги, міри і часу; порядок установлення державних стандартів;
4) порядок використання і захисту державних символів;
5) державні нагороди;
6) військові звання, дипломатичні ранги та інші спеціальні звання;
7) державні свята;

8) порядок утворення і функціонування вільних та інших спеціальних зон, що мають економічний чи міграційний режим, відмінний від загального.

Законом України оголошується амністія.

Закони розробляються і приймаються в особливому порядку, встановленому Конституцією і регламентом Верховної Ради України. Цей порядок передбачає:

—законодавчу ініціативу — звернення суб'єктів, визначених Конституцією України, до Верховної Ради України з пропозицією щодо прийняття нового закону або зміни чинного законодавства;

—підготовку проекту закону для розгляду Верховною Радою України;

—розгляд проекту закону Верховною Радою України;

—прийняття закону Верховною Радою України;

—запровадження закону України в дію. Прийнятий Верховною Радою України закон підписується Головою Верховної Ради України, після чого подається на підпис Президентові України. Президент підписує закон упродовж 15 днів після його отримання й офіційно оприлюднює його або застосовує право вето щодо прийнятого закону, повертає його зі своїми пропозиціями для повторного розгляду Верховною Радою України. Для подолання президентського вето Верховній Раді необхідно прийняти закон 2/3 голосів, після чого Президент зобов'язаний підписати цей закон упродовж 10 днів. Закон України підлягає оприлюдненню в офіційних джерелах не пізніше як у 15-денний термін. Закон набирає сили через 10 днів після його офіційного оприлюднення.

4.19. Акти Кабінету Міністрів України, їх прийняття та результати згідно з Конституцією України. Формування та повноваження Кабінету Міністрів України.

Відповідно до ст. 113 Конституції України, ***Кабінет Міністрів України*** *є вищим органом у системі органів виконавчої влади.*

Кабінет Міністрів України *відповідальний* перед Президентом України та *підконтрольний* і *підзвітний* Верховній Раді України.

Кабінет Міністрів України у своїй діяльності керується Конституцією і законами України, актами Президента України.

До складу Кабінету Міністрів України входять Прем'єр-міністр України, Перший віце-прем'єр-міністр, три віце-прем'єр-міністри, міністри.



1. Прем'єр-міністр України призначається Верховною Радою України за поданням Президента України.

2. Кандидатуру для призначення на посаду Прем'єр-міністра України вносить

Президент України за пропозицією коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України, сформованої відповідно до Конституції України, або депутатської фракції, до складу якої входить більшість народних депутатів України від консти туційного складу Верховної Ради України.

Міністр оборони України, Міністр закордонних справ України призначаються Верховною Радою України за поданням Президента України, інші члени

Кабінету Міністрів України призначаються Верховною Радою України за поданням Прем'єр-міністра України.

3. Кабінет Міністрів України складає повноваження перед новообраною Верховною Радою України.

Стаття 116 Конституції України закріплює за Кабінетом Міністрів України такі повноваження:

1) забезпечення державного суверенітету та економічної самостійності України, здійснення внутрішньої і зовнішньої політики держави, виконання Конституції і законів України, актів Президента України;

2) вжиття заходів щодо забезпечення прав і свобод людини та громадянина;

3) забезпечення проведення фінансової, цінової, інвестиційної та податкової політики; політики у сферах праці й зайнятості населення, соціального захисту, освіти, науки і культури, охорони природи, екологічної безпеки і природокористування;

4) вироблення та здійснення загальнодержавних програм економічного, науково-технічного, соціального і культурного розвитку України;

5) забезпечення рівних умов розвитку всіх форм власності; управління об'єктами державної власності відповідно до закону;

6) розроблення проекту закону про Державний бюджет України і забезпечення виконання затвердженого Верховною Радою України Державного бюджету України, подання Верховній Раді України звіт про його виконання;

7) здійснення заходів щодо забезпечення обороноздатності і національної безпеки України, громадського порядку, боротьби зі злочинністю;

8) організація і забезпечення здійснення зовнішньоекономічної діяльності України, митної справи;

9) спрямування та координація роботи міністерств, інших органів виконавчої влади;

10) виконання інших функцій, визначених Конституцією та законами Ук раїни, актами Президента України.

Кабінет Міністрів України в межах своєї компетенції видає постанови і розпорядження, які є обов'язковими до виконання.

Акти Кабінету Міністрів України підписує Прем'єр-міністр України.

4.20. Прокуратура України, її завдання, організація та порядок діяльності згідно з Конституцією України.

Згідно зі ст. 121 Конституції України прокуратура України становить єдину систему, на яку покладаються:

1) підтримання державного обвинувачення в суді;

2) представництво інтересів громадянина або держави в суді у випадках, визначених законом;

3) нагляд за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство;

4) нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян.

Прокуратуру України очолює Генеральний прокурор України, який призначається на посаду за згодою Верховної Ради України та звільняється з посади Президентом України. Верховна Рада України може висловити недовіру Генеральному прокуророві України, що має наслідком його відставку з посади.

Строк повноважень Генерального прокурора України — п'ять років.

Організація і порядок діяльності органів прокуратури України визначаються Законом України «Про прокуратуру» від 5 листопада 1991 р. Відповідно до цього Закону органи прокуратури України:

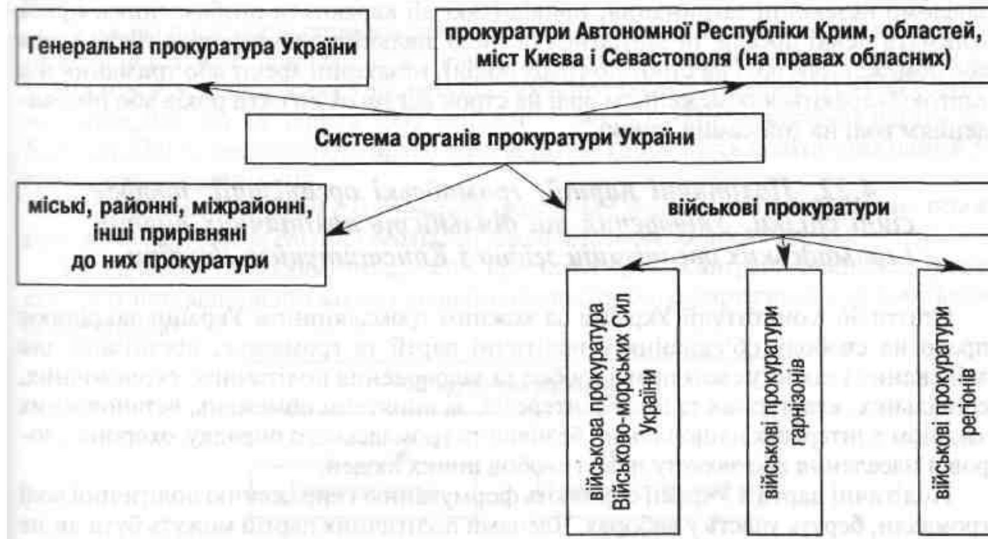
1) становлять єдину централізовану систему, яку очолює Генеральний прокурор України, з підпорядкуванням нижчестоящих прокурорів вищестоящим;

2) здійснюють свої повноваження на підставі додержання Конституції України та чинних на території республіки законів, незалежно від будь-яких органів державної влади, посадових осіб, а також рішень громадських об'єднань чи їх органів;

3) захищають у межах своєї компетенції права і свободи громадян на засадах їх рівності перед законом, незалежно від національного чи соціального походження, мови, освіти, ставлення до релігії, політичних переконань, службового чи майнового стану та інших ознак;

4) вживають заходів щодо усунення порушень закону, від кого б вони не виходили, поновлення порушених прав і притягнення в установленому законом порядку до відповідальності осіб, які допустили ці порушення;

5) діють гласно, інформують державні органи влади, громадськість про стан законності та заходи щодо її зміцнення.



Працівники прокуратури не можуть належати до будь-яких політичних партій чи рухів.

Генеральну прокуратуру України очолює Генеральний прокурор України, який має першого заступника та заступників.

Структуру Генеральної прокуратури України та Положення про її структурні підрозділи затверджує Генеральний прокурор України.

4.21. Недоторканність людини, права заарештованого та затриманого. Оскарження затримання та порушення кримінальної справи.

Стаття 28 Конституції України гарантує кожному право на повагу до його гідності. Ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або

такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню. Право на свободу та особисту недоторканність закріплено у ст. 29 Основного Закону України, відповідно до якої ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом. У разі нагальної необхідності запобігти злочинові чи його попередити уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протгом 72 годин має бути перевірена судом. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом 72 годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою.

Кожному заарештованому чи затриманому має бути невідкладно повідомлено про мотиви арешту чи затримання, роз'яснено його права та надано можливість з моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правовою допомогою захисника.

Кожний затриманий має право у будь-який час оскаржити в суді своє затримання.

Про арешт або затримання людини має бути негайно повідомлено родичів заарештованого чи затриманого.

Кримінальний кодекс України передбачає кримінальну відповідальність за завідомо незаконні затримання, привід (такі дії караються позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років або обмеженням волі на строк до трьох років), незаконні арешт або тримання під вартою (караються обмеженням волі на строк від трьох до пяти років або позбавленням волі на той самий строк).

4.22. Політичні партії, громадські організації, професійні спілки. Утворення та діяльність політичних партій і громадських організацій згідно з Конституцією України.

Стаття 36 Конституції України за кожним громадянином України закріплює право на свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації для здійснення і захисту своїх прав і свобод та задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів, за винятком обмежень, встановлених законом в інтересах національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей.

Політичні партії в Україні сприяють формуванню і вираженню політичної волі громадян, беруть участь у виборах. Членами політичних партій можуть бути лише громадяни України. Обмеження щодо членства у політичних партіях встановлюються виключно Конституцією та законами України.

Громадяни мають право брати участь у професійних спілках з метою захисту своїх трудових і соціально-економічних прав та інтересів. Професійні спілки є громадськими організаціями, що об'єднують громадян, пов'язаних спільними інтересами за родом їх професійної діяльності. Професійні спілки утворюються без попереднього дозволу на основі вільного вибору їх членів. Усі професійні спілки мають рівні права. Обмеження щодо членства у професійних спілках встановлюються виключно Конституцією та законами України.

Ніхто не може бути примушений до вступу в будь-яке об'єднання громадян чи обмежений у правах за належність чи неналежність до політичних партій або громадських організацій.

Усі об'єднання громадян рівні перед законом.

Відповідно до ст. 37 Конституції України, забороняються утворення і діяльність політичних партій та громадських організацій, програмні цілі або дії яких спрямовані на:

—ліквідацію незалежності України;

—зміну конституційного ладу насильницьким шляхом;

—порушення суверенітету і територіальної цілісності держави;

—підрив її безпеки;

—незаконне захоплення державної влади;

—пропаганду війни, насильства;

—на розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі;

—посягання на права і свободи людини, здоров'я населення.

Політичні партії та громадські організації не можуть мати воєнізованих формувань.

Не допускається створення і діяльність організаційних структур політичних партій в органах виконавчої та судової влади і виконавчих органах місцевого самоврядування, військових формуваннях, а також на державних підприємствах, у навчальних закладах та інших державних установах і організаціях.

Заборона діяльності об'єднань громадян здійснюється лише в судовому порядку.

Держава покликана сприяти розвиткові політичної та громадської активності, творчої ініціативи громадян, створювати рівні умови для діяльності їх об'єднань.

На підставі відповідних конституційних норм закони України «Про об'єднання громадян» від 16 червня 1992 р. (далі — Закон), «Про політичні партії» від 5 квітня 2001 р. закріплюють право на створення і діяльність політичних партій та громадських організацій.

Об'єднанням громадян *є добровільне громадське формування, створене на основі єдності інтересів для спільної реалізації громадянами своїх прав і свобод.*

Об'єднання громадян, незалежно від назви (рух, конгрес, асоціація, фонд, спілка тощо) відповідно закону визнається політичною партією або громадською організацією.



Політичною партією *є об'єднання громадян — прихильників певної загальнонаціональної програми суспільного розвитку, які мають головною метою участь у виробленні державної політики, формуванні органів влади, місцевого та регіонального самоврядування і представництво в їх складі.*

Громадською організацією є об'єднання громадян для задоволення та захисту своїх законних соціальних, економічних, творчих, вікових, національно-культурних, спортивних та інших спільних інтересів.

Об'єднання громадян створюються і діють на основі добровільності, рівноправності їх членів (учасників), самоврядування, законності та гласності. Вони вільні у виборі напрямів своєї діяльності.

Обмеження діяльності об'єднань громадян може встановлюватися тільки Конституцією та законами України.

Всі основні питання діяльності об'єднань громадян повинні вирішуватися на зборах всіх членів або представників членів об'єднання.

Об'єднання громадян повинно регулярно обнародувати свої основні документи, склад керівництва, дані про джерела фінансування та витрати.

Вимога про зазначення в офіційних документах щодо членства (участі) у тому чи іншому об'єднанні громадян не допускається, крім випадків, передбачених законами України.

Забороняється відмова у прийнятті або виключення з політичної партії особи у зв'язку з її статтю або національною належністю. Обмеження щодо перебування у політичних партіях окремих категорій громадян встановлюються Конституцією та законами України.

На працівників апарату об'єднань громадян поширюється законодавство про працю, соціальне забезпечення і соціальне страхування.

Держава забезпечує додержання прав і законних інтересів об'єднань громадян, легалізованих у порядку, передбаченому Законом.

Втручання державних органів та службових осіб у діяльність об'єднань громадян, так само як і втручання об'єднань громадян у діяльність державних органів, службових осіб та у діяльність інших об'єднань громадян, не допускається, крім випадків, передбачених Законом.

Верховна Рада України встановлює пільги щодо оподаткування доходів по окремих видах господарської або іншої комерційної діяльності об'єднань громадян, створених ними установ та організацій, заснованих підприємств, максимальні розміри окремих та загальних річних пожертвувань на користь політичних партій, затверджує перелік всеукраїнських громадських організацій, яким держава надає матеріальну допомогу.

Об'єднання громадян України утворюються і діють з всеукраїнським, місцевим та міжнародним статусом.

До всеукраїнських об'єднань громадян належать об'єднання, діяльність яких поширюється на територію всієї України і які мають місцеві осередки у більшості її областей.

До місцевих об'єднань належать об'єднання, діяльність яких поширюється на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці або регіону. Територія діяльності самостійно визначається об'єднанням громадян.

Громадська організація є міжнародною, якщо її діяльність поширюється на територію України і хоча б однієї іншої держави.

Політичні партії в Україні утворюються і діють тільки з всеукраїнським статусом.

Об'єднання громадян мають право на добровільних засадах засновувати або вступати між собою в спілки (союзи, асоціації тощо), утворювати блоки та коаліції, укладати між собою угоди про співробітництво і взаємодопомогу.

Політичні партії створюються за ініціативою громадян України, які досягли 18 років, не обмежені судом у дієздатності і не тримаються в місцях позбавлення волі.

Засновниками громадських організацій можуть бути громадяни України, громадяни інших держав, особи без громадянства, які досягли 18 років, а молодіжних та дитячих організацій — 15-річного віку.

Рішення про заснування об'єднань громадян приймаються установчим з'їздом (конференцією) або загальними зборами.

Засновниками спілок об'єднань громадян є об'єднання громадян.

Членами політичних партій можуть бути тільки громадяни України, які досягли 18-річного віку.

Членами громадських організацій, крім молодіжних та дитячих, можуть бути особи, які досягли 14 років. Вік членів молодіжних та дитячих громадських організацій визначається їх статутами в межах, встановлених законами України.

Громадські організації можуть не мати фіксованого індивідуального членства.

Легалізація (офіційне визнання) об'єднань громадян є обов'язковою і здійснюється шляхом їх реєстрації або повідомлення про заснування. Діяльність об'єднань громадян, які нелегалізовані або примусово розпущені за рішенням суду, є протизаконною.

У разі реєстрації об'єднання громадян набуває статус юридичної особи.

Політичні партії та міжнародні громадські організації підлягають обов'язковій реєстрації Міністерством юстиції України.

Легалізація громадської організації здійснюється відповідно Міністерством юстиції України, місцевими органами державної виконавчої влади, виконавчими комітетами сільських, селищних, міських Рад народних депутатів.

У разі, коли діяльність місцевої громадської організації поширюється на територію двох і більше адміністративно-територіальних одиниць, її легалізація здійснюється відповідним вищестоящим органом.

Місцевими органами державної виконавчої влади, виконавчим комітетом сільської, селищної, міської Ради народних депутатів реєструються в обов'язковому порядку місцеві осередки зареєстрованих всеукраїнських та міжнародних об'єднань громадян, якщо така реєстрація передбачена статутними документами цих об'єднань.

Про легалізацію (офіційне визнання) об'єднання громадян легалізуючий орган повідомляє у засобах масової інформації.

Політичні партії є рівними перед законом.

Органам державної влади, органам місцевого самоврядування, їх посадовим особам заборонено виокремлювати у своєму ставленні певні політичні партії чи надавати їм привілеї, а також сприяти політичним партіям, якщо інше не передбачено законом, у провадженні їх діяльності.

Втручання з боку органів державної влади та органів місцевого самоврядування або їх посадових осіб у створення і внутрішню діяльність політичних партій та їх місцевих осередків забороняється, за винятком випадків, передбачених Законом.

Громадянин України може перебувати одночасно лише в одній політичній партії.

Членами політичних партій не можуть бути:

—судді;

—працівники прокуратури;

—працівники органів внутрішніх справ;

—співробітники Служби безпеки України;

—військовослужбовці.

На час перебування на зазначених посадах або службі члени політичної партії зупиняють членство в цій партії.

Порядок вступу до політичної партії, зупинення та припинення членства в ній визначається статутом політичної партії.

Політичні партії мають право:

1) вільно провадити свою діяльність у межах, передбачених Конституцією та законами України;

2) брати участь у виборах Президента України, до Верховної Ради України, до інших органів державної влади, органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб у порядку, встановленому відповідними законами України;

3) використовувати державні засоби масової інформації, а також засновувати власні засоби масової інформації, як передбачено відповідними законами України;

4) підтримувати міжнародні зв'язки з політичними партіями, громадськими організаціями інших держав, міжнародними і міжурядовими організаціями, засновувати (вступати між собою у) міжнародні спілки з додержанням вимог цього Закону;

5) ідейно, організаційно та матеріально підтримувати молодіжні, жіночі та інші об'єднання громадян, подавати допомогу у їх створенні.

Політичним партіям гарантується свобода опозиційної діяльності, у тому числі:

—можливість викладати публічно і обстоювати свою позицію з питань державного і суспільного життя;

—брати участь в обговоренні та оприлюднювати і обґрунтовувати критичну оцінку дій і рішень органів влади, використовуючи для цього державні і недержавні засоби масової інформації в порядку, встановленому законом;

—вносити до органів державної влади України та органів місцевого самоврядування пропозиції, які обов'язкові для розгляду відповідними органами в установленому порядку.

У разі порушення політичними партіями Конституції України, законів України до них можуть бути вжиті такі заходи:

1) попередження про недопущення незаконної діяльності;

2) заборона політичної партії.

У разі публічного оголошення керівними органами політичної партії наміру вчинення політичною партією дій, за які законами України передбачена юридична відповідальність, відповідні органи, до відання яких належить контроль за діяльністю політичних партій, видають приписи про недопущення протиправних вчинків.

Якщо вчинені політичною партією дії не тягнуть за собою іншого виду відповідальності, відповідними контролюючими органами видається припис про усунення допущених правопорушень.

Керівництво політичної партії зобов'язане невідкладно усунути порушення законодавства України, що стали підставою для винесення попередження, і в п'ятиденний строк повідомити про вжиті заходи органу, який виніс попередження.

Політична партія може бути за поданням Міністерства юстиції України чи Генерального прокурора України заборонена в судовому порядку у випадку порушення вимог щодо створення і діяльності політичних партій, встановлених Конституцією України та законами України.

Заборона діяльності політичної партії спричиняє припинення діяльності політичної партії, розпуск керівних органів, обласних, міських, районних організацій політичних партій, її первинних осередків та інших структурних утворень, передбачених статутом партії, припинення членства в політичній партії.

Відповідальність посадових осіб і громадян за порушення законодавства про політичні партії

Особи і громадяни, причетні до:

1) створення, організації діяльності та участі в діяльності незареєстрованих політичних партій;

2) обмеження в правах чи переслідування громадян у зв'язку з належністю чи неналежністю до політичних партій;

3) необґрунтованої відмови в реєстрації політичної партії;

4) надання політичній партії будь-яких переваг чи обмеження передбачених законом прав політичної партії та її членів;

5) порушення закону при використанні символіки політичної партії;

6) заподіяння матеріальної чи моральної шкоди політичній партії;

7) утворення воєнізованих формувань;

8) участі у діяльності забороненої політичної партії або інших передбачених чинним законодавством порушень, — притягаються до дисциплінарної, адміністративної, цивільної або кримінальної відповідальності згідно з законами України.

В Україні діє Закон України «Про молодіжні та дитячі громадські організації» від 1 грудня 1998 р. відповідно до якого:

молодіжні громадські організації *— це об'єднання громадян віком від 14 до 28років, метою яких є здійснення діяльності, спрямованої на задоволення та захист своїх законних соціальних, економічних, творчих, духовних та інших спільних інтересів;*

дитячі громадські організації *— це об'єднання громадян віком від 6 до 18 років, метою яких є здійснення діяльності, спрямованої на реалізацію та захист своїх прав* І *свобод, творчих здібностей, задоволення власних інтересів, які не суперечать законодавству, та соціальне становлення як повноправних членів суспільства.*

5 Цивільне право

5.1. Цивільна правоздатність і дієздатність. Цивільна дієздатність фізичної особи. Повна цивільна дієздатність. Правові підстави надання повної цивільної дієздатності.

Опіка та піклування. Органи опіки та піклування. Правочини, які вчиняються з дозволу органу опіки та піклування. Порушення при укладенні правочинів, що потребують надання дозволу зазначених органів.

Необхідною ознакою учасників цивільно-правових відносин є наявність у них правосуб' єктності.

Правосуб'єктність — це соціально-правова можливість суб'єкта бути учасником цивільних правовідносин. Наділення суб'єкта цивільного права правосуб'єктністю пов'язане з існуванням певного тривалого зв'язку між таким суб'єктом та державою. Такий зв'язок обумовлює існування не тільки суб'єктивних прав, а й обов'язків (дотримуватися вимог законодавства, добросовісно здійснювати цивільні права).

Складовими частинами правосуб'єктності учасників є:

—правоздатність (здатність мати права та обов'язки);

—дієздатність (здатність своїми діями набувати права та обов'язки).

Правосуб'єктністю володіють як юридичні, так і фізичні особи, однак за змістом та обсягом правосуб'єктність юридичної особи відрізняється від правосуб'єктності фізичної особи.

Поняття *фізичної особи* визначає ст. 24 ЦК України, відповідно до якої людина як учасник цивільних відносин вважається фізичною особою. У зв'язку з цим. поняття фізичної особи охоплює не тільки громадян України, а й іноземців та осіб без громадянства.

Фізична особа набуває прав та обов'язків і здійснює їх під своїм ім'ям, що надається відповідно до закону. Ім'я фізичної особи, яка є громадянином України, складається із прізвища, власного імені та по батькові, якщо інше не випливає із закону або звичаю національної меншини, до якої вона належить. При здійсненні окремих цивільних прав фізична особа відповідно до закону може використовувати псевдонім (вигадане ім'я) або діяти без зазначення імені.

Місцем проживання фізичної особи є житловий будинок, квартира, інше приміщення, придатне для проживання в ньому (гуртожиток, готель тощо), у відповідному населеному пункті, в якому фізична особа проживає постійно, пере зажно або тимчасово (ст. 29 ЦК України).

Фізична особа, яка досягла чотирнадцяти років, вільно обирає собі місце проживання, за винятком обмежень, які встановлюються законом.

Місцем проживання фізичної особи у віці від десяти до чотирнадцяти років є місце проживання її батьків (усиновлювачів) або одного з них, з ким вона проживає, опікуна або місцезнаходження навчального закладу чи закладу охорони здоров'я тощо, в якому вона проживає, якщо інше місце проживання не встанов-.іено за згодою між дитиною та батьками (усиновлювачами, опікуном) або організацією, яка виконує щодо неї функції опікуна. У разі спору місце проживання фізичної особи у віці від десяти до чотирнадцяти років визначається органом опіки та піклування або судом.

Місцем проживання фізичної особи, яка не досягла десяти років, є місце проживання її батьків (усиновлювачів) або одного з них, з ким вона проживає, опікуна або місцезнаходження навчального закладу чи закладу охорони здоров'я, в жкому вона проживає.

Місцем проживання недієздатної особи є місце проживання її опікуна або місцезнаходження відповідної організації, яка виконує щодо неї функції опікуна.

Важливе значення має положення ЦК України про те, що фізична особа може мати кілька місць проживання.

Здатність мати цивільні права та обов'язки *(цивільну правоздатність)* мають всі фізичні особи (ст. 25 ЦК України). Цивільна правоздатність цивільної особи виникає в момент її народження. У деяких випадках, встановлених законом, охороняються інтереси зачатої, але ще ненародженої дитини. Крім того, у випадках, встановлених законом, здатність мати окремі цивільні права та обов'язки ": з язується з досягненням фізичною особою відповідного віку. Цивільна правоздатність фізичної особи припиняється у момент її смерті.

Відповідно до ст. ЗО ЦК України, цивільну дієздатність має фізична особа, яка усвідомлює значення своїх дій та може керувати ними.

Цивільною дієздатністю фізичної особи є її здатність своїми діями набувати для себе цивільних прав і самостійно їх здійснювати, а також здатність своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати та нести відповідальність у разі їх невиконання. Обсяг цивільної дієздатності фізичної особи встановлюється ЦК України і може бути обмежений виключно у випадках і порядку, встановлених законом.

За загальним правилом повну цивільну дієздатність має фізична особа, яка досягла вісімнадцяти років (повноліття).

Відповідно до ЦК України, фізичні та юридичні особи володіють цивільною правоздатністю та цивільною дієздатністю.

Отже, цивільна правоздатність — це визнана об'єктивним правом здатність фізичної або юридичної особи мати цивільні права та обов'язки.

Правоздатність фізичної особи виникає з моменту народження та припиняється зі смертю. Правоздатність юридичної особи виникає з моменту її створення і припиняється з дня внесення до єдиного державного реєстру запису про 5 припинення.

Існування правоздатності означає наявність певного правового зв'язку між державою та особою (держава визнає за особою правоздатність та гарантує її). Разом з тим, правоздатність слід відрізняти від суб'єктивного права. Право-

здатність — загальна передумова, на підставі якої у особи, за наявності певних юридичних фактів, виникає конкретне суб'єктивне право. Вона є можливістю мати зазначені в законі права і обов'язки, тоді як суб'єктивне право — вже існуюче конкретне право, що належить визначеній особі.

Правоздатність існує завжди, на відміну від суб'єктивного права, яке виступає наслідком реалізації правоздатності. Наприклад, згідно зі ст. 41 Конституції України кожен має право володіти, користуватися та розпоряджатися своєю власністю, результатами інтелектуальної, творчої діяльності. Отже, можливість бути власником майна є частиною правоздатності особи. Однак наявність такої можливості автоматично не призводить до виникнення права власності на конкретне майно або права інтелектуальної власності на твір, для цього необхідно настання певних юридичних фактів (укладення договору купівлі-продажу або дарування, створення літературного твору тощо).

Обсяг цивільної правоздатності фізичної особи встановлений ст. 26 ЦК України. Усі фізичні особи є рівними у здатності мати цивільні права та обов'язки. Фізична особа має усі особисті немайнові і майнові права, встановлені Конституцією України та ЦК України, а також інші цивільні права, що не встановлені Конституцією України, ЦК України, іншим законом, якщо вони не суперечать закону та моральним засадам суспільства.

Таким чином, обсяг цивільної правоздатності — це сукупність можливосте; набувати та реалізовувати цивільні права та обов'язки, що може мати особа відповідно до законодавства України.

Для правоздатності фізичних осіб в Україні характерна юридична рівність. Зміст правоздатності громадян не залежить від раси, кольору шкіри, статі, етнічного і соціального походження, майнового стану, місця проживання або інших ознак (ст. 24 Конституції України). Іноземці та особи без громадянства володіють рівною із громадянами України правоздатністю. Рівність правоздатності не виключає різного обсягу суб'єктивних прав, що належать окремим особам.

Конституція України встановлює права та обов'язки, що визначають обсяг цивільної правоздатності: право на гідність (ст. 28), право на свободу та особисту недоторканність (ст. 29) та недоторканність житла (ст. ЗО), право на таємницю листування, телефонних переговорів, телеграфної та іншої кореспонденції (ст. 31), право на невтручання в особисте та сімейне життя, на спростування недостовірної інформації про себе, про членів своєї сім'ї (ст. 32), право на свободу пересування та вільний вибір місця проживання (ст. 33), можливість володіти, користуватися та розпоряджатися власністю, результатами інтелектуальної та творчої діяльності (ст. 41), право на заняття літературною, художньою і технічною творчістю, захист інтелектуальної власності, авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності (ст. 54).

Відповідно до ст. 22 Конституції України, перелік прав і свобод, що закріплені в Конституції, не є вичерпним.

Цивільна правоздатність фізичної особи передбачає також здатність мати обов'язки. До конституційних обов'язків належать: обов'язок належним чином використовувати власність (ч. 7 ст. 41), обов'язок не заподіювати шкоди природі, культурній спадщині, відшкодовувати заподіяні збитки, а також обов'язок неухильно дотримуватися Конституції та законів України, не посягати на права, свободи, честь та гідність інших людей.

Встановлюючи обсяг правоздатності, ЦК України запобігає обмеженню можливості фізичної особи мати цивільні права та обов'язки (ст. 27 ЦК України).

Правочин, що обмежує можливість фізичної особи мати не заборонені законом цивільні права та обов'язки, є нікчемним. Правовий акт Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб не може обмежувати можливість фізичної особи мати не заборонені законом цивільні права та обов'язки, крім випадків, коли таке обмеження передбачено Конституцією України.

Обсяг цивільної правоздатності юридичної особи встановлений ст. 91 ЦК України, відповідно до якої юридична особа здатна мати такі ж цивільні права та обов'язки, як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині. Наприклад, тільки людині може належати право на вільний вибір місця проживання.

Отже, ЦК України встановлена універсальна правоздатність не тільки для фізичних, а й для юридичних осіб. Обмеження цивільної правоздатності юридичної особи можливе лише за рішенням суду.

Не є обмеженням цивільної правоздатності юридичної особи вимога про те, що окремі встановлені законом види діяльності можуть здійснюватися юридичною особою лише після отримання спеціального дозволу (ліцензії). Наприклад, тільки після отримання ліцензії можливе здійснення медичної, ветеринарної практики, оптової та роздрібної торгівлі лікарськими засобами та деяких інших зидів діяльності.

Цивільна дієздатність — це визнана законом здатність фізичної або юридичної особи своїми діями реалізовувати цивільні права, створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати та нести відповідальність з їх невиконання.

Цивільна дієздатність відрізняється від цивільної правоздатності та передбачає саме можливість своїми діями набувати права та обов'язки, виступати як самостійний учасник цивільного обороту.

Обсяг цивільної дієздатності ***фізичної особи*** залежить від двох факторів:

—від досягнення певного віку;

—від здатності особи усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними.

З урахуванням цих факторів ЦК України встановлює декілька видів дієздатності фізичних осіб.

Залежно від віку розрізняють такі види дієздатності:

1) *Повна цивільна дієздатність* (ст. 34 ЦК України).

Повну цивільну дієздатність має фізична особа, яка досягла вісімнадцяти років (повноліття). У разі реєстрації шлюбу фізичної особи, яка не досягла повноліття, вона набуває повної цивільної дієздатності з моменту реєстрації шлюбу. У разі припинення шлюбу до досягнення фізичною особою повноліття набута нею повна цивільна дієздатність зберігається. У разі визнання шлюбу недійсним з підстав, не пов'язаних із протиправною поведінкою неповнолітньої особи, вабута нею повна цивільна дієздатність зберігається.

Крім того, ст. 35 ЦК України передбачає можливість надання повної цивільної дієздатності до досягнення особою повноліття у випадках:

—якщо фізична особа, яка досягла 16 років, працює за трудовим договором;

—якщо фізична особа записана матір'ю або батьком дитини;

—якщо фізична особа, яка досягла 16 років, бажає займатися підприємницькою діяльністю.

2) *Часткова цивільна дієздатність* (ст. 31 ЦК України). її мають фізичні особи, які не досягай 14 років (малолітні особи).

Малолітні особи відповідно до обсягу часткової цивільної дієздатності мають право:

—самостійно вчиняти дрібні побутові правочини (тобто такі, що задовольняють побутові потреби особи, відповідають її фізичному, духовному чи соціальному розвитку та стосуються предмета, що має невисоку вартість);

—здійснювати особисті немайнові права на результати інтелектуальної, творчої діяльності.

Малолітні особи не несуть відповідальності за завдану ними шкоду. За шкоду, заподіяну малолітніми особами, відповідають їх батьки (усиновлювачі), опікуни, навчальні, виховні та інші установи, якщо вони не доведуть, що шкоду було завдано не з їхньої вини.

3) *Неповна цивільна дієздатність* (ст. 32 ЦК України). її мають фізичні особи у віці від 14 до 18 років (неповнолітні особи).

Неповнолітні особи володіють більшим обсягом дієздатності порівняно з малолітніми. Вони мають право:

— самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією або іншими доходами;

—самостійно здійснювати права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом;

—бути учасником (засновником) юридичних осіб, якщо це не заборонено законом або установчими документами юридичної особи;

—самостійно укладати договір банківського вкладу (рахунка) та розпоряджатися вкладом, внесеним нею на своє ім'я (грошовими коштами на рахунку);

—за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальників вчиняти інші угоди;

—за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальників розпоряджатися коштами, що внесені на ім'я неповнолітньої іншими особами.

На відміну від малолітньої, неповнолітня особа самостійно відповідає за порушення укладеного нею договору, а також за завдану шкоду. У разі недостатності або відсутності у неповнолітньої особи майна, достатнього для відшкодування шкоди або збитків, додаткову або повну відповідальність несуть її батьки (усиновлювачі) або піклувальники.

Часткову дієздатність малолітньої особи та неповну дієздатність неповнолітньої особи слід відрізняти від обмеженої дієздатності.

Обмежена дієздатність — це така дієздатність, яка обмежена судом, обсяг якої зменшений.

Цивільна дієздатність може бути обмежена лише судом у таких випадках:

—фізична особа страждає на психічний розлад, який істотно впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними;

—фізична особа зловживає спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами тощо і тим ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище.

Над фізичною особою, цивільна дієздатність якої обмежена, встановлюється піклування. Фізична особа, цивільна дієздатність якої обмежена, може самостійно вчиняти лише дрібні побутові правочини (ст. 37 ЦК України).

Правочини щодо розпорядження майном та інші правочини, що виходять за межі дрібних побутових, вчиняються особою, цивільна дієздатність якої обмежена, за згодою піклувальника.

Одержання заробітку, пенсії, стипендії, інших доходів особи, цивільна дієздатність якої обмежена, та розпоряджання ними здійснюються піклувальником. Піклувальник може письмово дозволити фізичній особі, цивільна діє-

здатність якої обмежена, самостійно одержувати заробіток, пенсію, стипендію, інші доходи та розпоряджатися ними.

Особа, цивільна дієздатність якої обмежена, самостійно несе відповідальність за порушення нею договору, укладеного за згодою піклувальника, та за шкоду, що 11 здана нею іншій особі.

Цивільна правоздатність фізичної особи, що була обмежена, *може бути поновлена* (ст. 38 ЦК України).

У разі видужання фізичної особи, цивільна дієздатність якої була обмежена, ібо такого поліпшення її психічного стану, який відновив у повному обсязі її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними, суд поновлює її цивільну дієздатність.

У разі припинення фізичною особою зловживання спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами тощо суд поновлює її цивільну дієздатність.

Піклування, встановлене над фізичною особою, припиняється на підставі рішення суду про поновлення цивільної дієздатності.

У разі, якщо фізична особа не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу, вона може бути визнана судом недієздатною (ст. 39 ЦК України).

Фізична особа визнається недієздатною з моменту набрання законної сили рішенням суду про це. Якщо від часу виникнення недієздатності залежить визнання недійсним шлюбу, договору або іншого правочину, суд з урахуванням висновку судово-психіатричної експертизи та інших доказів щодо психічного стану особи може визначити у своєму рішенні день, з якого вона визнається нє дієздатною.

Над недієздатною фізичною особою встановлюється опіка. Недієздатна фізична особа не має права вчиняти будь-якого правочину. Правочини від імені недієздатної фізичної особи та в її інтересах вчиняє її опікун. Відповідальність за шкоду, завдану недієздатною фізичною особою, несе її опікун.

За позовом опікуна або органу опіки та піклування суд поновлює цивільну дієздатність фізичної особи, яка була визнана недієздатною, і припиняє опіку, якщо буде встановлено, що внаслідок видужання або значного поліпшення її психічного стану у неї поновилася здатність усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними.

Отже, опіка та піклування встановлюються з метою забезпечення особистих немайнових і майнових прав та інтересів малолітніх, неповнолітніх осіб, а також повнолітніх осіб, які за станом здоров'я не можуть самостійно здійснювати свої права і виконувати обов'язки.

Особа, якій стало відомо про фізичну особу, яка потребує опіки або піклування, зобов'язана негайно повідомити про це орган опіки та піклування. Опіка встановлюється над малолітніми особами, які позбавлені батьківського піклування та фізичними особами, які визнані недієздатними. Піклування встановлюється над неповнолітніми особами, які позбавлені батьківського піклування, та фізичними особами, цивільна дієздатність яких обмежена.

Суд встановлює опіку над фізичною особою у разі визнання її недієздатною і призначає опікуна за поданням органу опіки та піклування. Суд встановлює піклування над фізичною особою у разі обмеження її цивільної дієздатності і призначає піклувальника за поданням органу опіки та піклування. Суд встановлює опіку над малолітньою особою, якщо при розгляді справи буде встановлено, що вона позбавлена батьківського піклування, і призначає опікуна за поданням орга-

ну опіки та піклування. Суд встановлює піклування над неповнолітньою особою, якщо при розгляді справи буде встановлено, що вона позбавлена батьківського піклування, і призначає піклувальника за поданням органу опіки та піклування.

Опіка або піклування встановлюються за місцем проживання фізичної особи, яка потребує опіки чи піклування, або за місцем проживання опікуна чи піклувальника.

Опікуном або піклувальником може бути лише фізична особа з повною цивільною дієздатністю. Фізична особа може бути призначена опікуном або піклувальником лише за її письмовою заявою. Опікун або піклувальник призначаються переважно з осіб, які перебувають у сімейних, родинних відносинах з підопічним, з урахуванням особистих стосунків між ними, можливості особи виконувати обов'язки опікуна чи піклувальника. При призначенні опікуна для малолітньої особи та при призначенні піклувальника для неповнолітньої особи враховується бажання підопічного.

Фізичній особі може бути призначено одного або кількох опікунів чи піклувальників.

Опікуном або піклувальником не може бути фізична особа:

1) яка позбавлена батьківських прав, якщо ці права не були поновлені;

2) поведінка та інтереси якої суперечать інтересам фізичної особи, яка потребує опіки або піклування.

До встановлення опіки або піклування і призначення опікуна чи піклувальника опіку або піклування над фізичною особою здійснює відповідний орган опіки та піклування.

Якщо над фізичною особою, яка перебуває у навчальному закладі, закладі охорони здоров'я або закладі соціального захисту населення, не встановлено опіку чи піклування або не призначено опікуна чи піклувальника, опіку або піклування над нею здійснює цей заклад.

Опікун зобов'язаний дбати про підопічного, про створення йому необхідних побутових умов, забезпечення його доглядом та лікуванням. Опікун малолітньої особи зобов'язаний дбати про її виховання, навчання та розвиток.

Опікун має право вимагати повернення підопічного від осіб, які тримають його без законної підстави.

Опікун вчиняє правочини від імені та в інтересах підопічного.

Опікун зобов'язаний вживати заходів щодо захисту цивільних прав та інтересів підопічного.

Опікун, його дружина, чоловік та близькі родичі (батьки, діти, брати, сестри) не можуть укладати з підопічним договорів, крім передання майна підопічному у власність за договором дарування або у безоплатне користування за договором позички. Опікун не може здійснювати дарування від імені підопічного, а також зобов'язуватися від його імені порукою.

Піклувальник над неповнолітньою особою зобов'язаний дбати про створення для неї необхідних побутових умов, про її виховання, навчання та розвиток. Піклувальник над фізичною особою, цивільна дієздатність якої обмежена, зобов'язаний дбати про її лікування, створення необхідних побутових умов.

Піклувальник зобов'язаний вживати заходів щодо захисту цивільних прав та інтересів підопічного.

Піклувальник не може давати згоду на укладення договорів між підопічним та своєю дружиною (своїм чоловіком) або своїми близькими родичами, крім передання майна підопічному у власність за договором дарування або у безоплатне користування на підставі договору позички.

Правочини, які вчиняються з дозволу органу опіки та піклування. Опікун не має права без дозволу органу опіки та піклування:

1) відмовитися від майнових прав підопічного;

2) видавати письмові зобов'язання від імені підопічного;

3) укладати договори, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, в тому числі договори щодо поділу або обміну житлового будинку, квартири;

4) укладати договори щодо іншого цінного майна.

Піклувальник має право дати згоду на вчинення передбачених вище правочинів лише з дозволу органу опіки та піклування.

Управління майном особи, над якою встановлено опіку. Опікун зобов'язаний дбати про збереження та використання майна підопічного в його інтересах. Якщо малолітня особа може самостійно визначити свої потреби та інтереси, опікун, здійснюючи управління її майном, повинен враховувати її бажання. Опікун самостійно здійснює витрати, необхідні для задоволення потреб підопічного, за рахунок пенсії, аліментів, доходів від майна підопічного тощо. Якщо підопічний є власником нерухомого майна або майна, яке потребує постійного управління, опікун може з дозволу органу опіки та піклування управляти цим майном або передати його за договором в управління іншій особі.

Якщо у особи, над якою встановлено опіку чи піклування, є майно, що знаходиться в іншій місцевості, опіка над цим майном встановлюється органом опіки та піклування за місцезнаходженням майна. Опіка над майном встановлюється також в інших випадках, встановлених законом.

Звільнення опікуна та піклувальника. Суд, якщо він призначив опікуна чи піклувальника, або орган опіки та піклування за заявою особи звільняє її від повноваге нь опікуна або піклувальника. Ця заява розглядається судом або органом опіки та піклування протягом одного місяця. Особа виконує повноваження опікуна або піклувальника до винесення рішення про звільнення її від повноважень опікуна або піклувальника чи до закінчення місячного строку від дня подання заяви, якщо вона не була розглянута протягом цього строку.

Суд, якщо він призначив піклувальника, або орган опіки та піклування може Івільнити піклувальника від його повноважень за заявою особи, над якою встановлено піклування.

За заявою органу опіки та піклування суд може звільнити особу від повноважень опікуна або піклувальника у разі невиконання нею своїх обов'язків, порушення прав підопічного, а також у разі поміщення підопічного до навчального закладу, закладу охорони здоров'я або закладу соціального захисту.

Припинення опіки. Опіка припиняється у разі передачі малолітньої особи батьрм (усиновлювачам). Опіка припиняється також у разі досягнення підопічним чотирнадцяти років. У цьому разі особа, яка здійснювала обов'язки опікуна, стає піклувальником без спеціального рішення щодо цього. Опіка припиняється у разі поновлення цивільної дієздатності фізичної особи, яка була визнана недієздатною.

Припинення піклування. Піклування припиняється у разі:

1) досягнення фізичною особою повноліття;

2) реєстрації шлюбу неповнолітньої особи;

3) надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності;

4) поновлення цивільної дієздатності фізичної особи, цивільна дієздатність **якої** була обмежена.

Дієздатна фізична особа, яка за станом здоров'я не може самостійно здійснювати свої права та виконувати обов'язки, має право обрати собі помічника.

Помічником може бути дієздатна фізична особа. За заявою особи, яка потребує допомоги, ім'я її помічника реєструється органом опіки та піклування, шо підтверджується відповідним документом. Помічник має право на одержання пенсії, аліментів, заробітної плати, поштової кореспонденції, що належать фізичній особі, яка потребує допомоги. Помічник має право вчиняти дрібні побутові правочини в інтересах особи, яка потребує допомоги, відповідно до наданих йому повноважень. Помічник представляє особу в органах державної влади, органах влади Автономної Республіки Крим, органах місцевого самоврядування та організаціях, діяльність яких пов'язана з обслуговуванням населення. Помічник може представляти фізичну особу в суді лише на підставі окремої довіреності. Послуги помічника є оплатними, якщо інше не визначено за домовленістю сторін. Помічник може бути у будь-який час відкликаний особою, яка потребувала допомоги. У цьому разі повноваження помічника припиняються.

Дії опікуна можуть бути оскаржені заінтересованою особою, в тому числі родичами підопічного, до органу опіки та піклування або до суду. Рішення органу опіки та піклування може бути оскаржено до відповідного органу, якому підпорядкований орган опіки та піклування, або до суду.

Цивільна дієздатність юридичної особи виникає та припиняється одночасно із її правоздатністю. Юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків, здійснює їх через свої органи, які діють відповідно до установчих документів та закону. У випадках, встановлених законом, юридична особа може набувати цивільних прав та обов'язків і здійснювати їх через своїх учасників (ст. 92 ЦК України).

Юридична-особа самостійно відповідає за своїми зобов'язаннями всім належним їй майном. Учасник (засновник) юридичної особи не відповідає за зобов'язання^ юридичної особи, а юридична особа не відповідає за зобов'язаннями її учасника (засновника), крім випадків, встановлених установчими документами та законом (ст. 96 ЦК України).

5.2. Поняття та види правочинів. Загальні вимоги закону, дотримання яких є необхідним для чинності правочину. Вчинення усного правочину. Вимоги закону до письмової форми правочину. Нотаріальне посвідчення правочину. Відмова від правочину. Підстави недійсності правочину та правові наслідки його недійсності.

Правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ч. 1 ст. 202 ЦК України). **Основні риси правочину:**

1) це юридичний факт — дія, яка відбувається та створює юридичні наслідки за волею суб'єктів цивільного права;

2) правочин — це дія фізичної або юридичної особи;

3) це правомірна дія суб'єктів цивільного права. Неправомірна поведінка, що порушує вимоги законодавства, не є правочином.

4) правочин тягне виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків.

Правочини можуть бути односторонніми та дво- чи багатосторонніми (договори).

Одностороннім правочином є дія однієї сторони, яка може бути представлена однією або кількома особами. Односторонній правочин характеризується тим.

шо для виникнення, зміни або припинення прав та обов'язків достатньо волевиявлення однієї сторони. Прикладом одностороннього правочину є заповіт.

Односторонній правочин за загальним правилом може створювати обов'язки лише для особи, яка його вчинила. Для інших осіб такий правочин може створювати обов'язки лише у випадках, встановлених законом, або за домовленістю з цими особами.

Дво- чи багатостороннім правочином є погоджена дія двох або більше сторін. Двосторонній або багатосторонній правочин є договором.

Договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Прикладом двостороннього правочину (договору) є договір купівлі-продажу, міни, дарування тощо.

Багатосторонній правочин (договір) — це такий правочин, що укладається більш ніж між двома сторонами та, як правило, спрямований на досягнення певної спільної мети.

Таким чином, поняття «правочин» та «договір» співвідносяться між собою як загальне та окреме. Будь-який договір є правочином, але не всякий правочин є договором.

Цивільно-правовий договір є найбільш поширеною підставою виникнення зобов'язань у суб'єктів цивільного права, спрямований на врегулювання цивільно-правових відносин між суб'єктами з моменту укладення договір є обов'язковим для виконання сторонами.

Цивільно-правовий договір характеризується такими ознаками:

—договір є правочином;

—у договорі виявляється воля двох або більше сторін;

— договір спрямований на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків;

— договір є обов'язковим для виконання сторонами.

Відповідно до ЦК України, сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

Зміст договору становлять:

— умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними;

— умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства.

Договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору.

Істотними умовами договору є:

— умови про предмет договору;

— умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду;

— усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Договір укладається шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір (оферти) і прийняття пропозиції (акцепту) другою стороною.

Види договорів:

1) *односторонні та двосторонні;*

Договір є одностороннім, якщо одна сторона бере на себе обов'язок перед *щ* тою стороною вчинити певні дії або утриматися від них, а друга сторона наділяється лише правом вимоги, без виникнення зустрічного обов'язку щодо першої сторони (договір позики, договір довічного утримання).

Договір є двостороннім, якщо правами та обов'язками наділені обидві сторони договору (договір купівлі-продажу, договір найму тощо).

2) *реальні та консенсуальні;*

Договір є консенсуальним, коли для настання правових наслідків достатньо досягнення сторонами угоди з усіх істотних умов (наприклад, договір купівлі-продажу).

Договір є реальним, коли для настання правових наслідків необхідно не тільки досягти згоди з усіх істотних умов, а й передати річ (наприклад, договір позики, в якому права та обов'язки виникають тільки після передачі грошей позичальнику).

3) *відплатні та безоплатні;*

Договір є безоплатним, коли обов'язок здійснити матеріальні витрати має тільки одна сторона (наприклад, договір дарування).

Договір є відплатним, коли обов'язок здійснити матеріальні витрати мають обидві сторони. За загальним правилом договір є відплатним, якщо інше не встановлено договором, законом або не випливає із суті договору (ч. 5 ст. 626 України).

Ціна в договорі встановлюється за домовленістю сторін. У випадках, встановлених законом, застосовуються ціни (тарифи, ставки тощо), які встановлюються або регулюються уповноваженими органами державної влади або органами місш вого самоврядування. Зміна ціни після укладення договору допускається лише у випадках і на умовах, встановлених договором або законом.

Зміна ціни в договорі після його виконання не допускається. Якщо ціна у договорі не встановлена і не може бути визначена виходячи з його умов, вона визначається виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору.

4) *строкові та безстрокові;*

Строком договору є час, протягом якого сторони можуть здійснити свої права і виконати свої обов'язки відповідно до договору. Договір набирає чинносмоменту його укладення. Сторони можуть встановити, що умови договору застосовуються до відносин між ними, які виникли до його укладення.

Закінчення строку договору не звільняє сторони від відповідальності за його порушення, яке мало місце під час дії договору.

У строковому договорі встановлений строк або термін його дії. Безстроковий договір набирає чинності та припиняється за вимогою однієї із сторін.

5) *попередній договір та основний;*

Попереднім є договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (у певний термін) укласти договір в майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених попереднім договором (ст. 635 ЦК України).

Істотні умови основного договору, що не встановлені попереднім договором, погоджуються у порядку, встановленому сторонами у попередньому договорі, якщо такий порядок не встановлений актами цивільного законодавства.

Крім того, ЦК України також передбачає такі види договорів, як публічний договір, договір приєднання та договір на користь третьої особи.

Публічним є договір, в якому одна сторона — підприємець взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться (роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо). Умови публічного договору встановлюються однаковими для всіх споживачів, крім тих, кому за законом надані відповідні пільги (ст. 633 ЦК України).

Договором приєднання є договір, умови якого встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому. Друга сторона не може запропонувати свої умови договору (ст. 634 ЦК України).

Договором на користь третьої особи є договір, в якому боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок на користь третьої особи, яка встановлена або не встановлена у договорі (ст. 636 ЦК України).

Загальні умови чинності правочину (ст. 203 ЦК України):

1) Зміст правочину не може суперечити вимогам законодавства, а також загальним засадам суспільства.

2) Особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності.

3) Волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі.

4) Правочин має вчинятися у формі, встановленій законом.

5) Правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, шо обумовлені ним.

6) Правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачаіш), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх або непрацездатних дітей.

ЦК України передбачає презумпцію правомірності правочину: правочин є правомірним, якщо його недійсність прямо не встановлена законом або якщо він не визнаний судом недійсним.

Відповідно до ст. 205 ЦК України, правочин може вчинятися усно або в письмовій формі. Сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом.

Так, усно можуть вчинятися правочини, які повністю виконуються сторонами у момент їх вчинення, за винятком правочинів, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, а також правочинів, для яких недодержання письмової форми має наслідком їх недійсність. Юридичній особі, що сплатила за товари та послуги на підставі усного правочину з другою стороною, видається документ, що підтверджує підставу сплати та суму одержаних грошових коштів. Правочини на виконання договору, укладеного в письмовій формі, можуть за домовленістю сторін вчинятися усно, якщо це не суперечить договору або закону.

Статтею 208 ЦК України передбачено правочини, які належить вчиняти у письмовій формі. Це:

1) правочини між юридичними особами;

2) правочини між фізичною та юридичною особою, крім правочинів, передбачених ч. 1 ст. 206 ЦК України;

3) правочини фізичних осіб між собою на суму, що перевищує у двадцять і більше разів розмір неоподатковуваного мінімуму доходів громадян, крім правочинів, передбачених ч. 1 ст. 206 ЦК України;

4) інші правочини, щодо яких законом встановлена письмова форма.

Правочин, для якого законом не встановлена обов'язкова письмова форма, вважається вчиненим, якщо поведінка сторін засвідчує їхню волю до настання в ідповідних правових наслідків. У випадках, встановлених договором або законом, воля сторони до вчинення правочину може виражатися її мовчанням | наприклад, у випадку відсутності заяви про припинення договору оренди, після закінчення строку договору, договір вважається продовженим).

Вимоги до письмової форми правочину. Правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох до-

кументах, у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони. Правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку. Правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо він підписаний його стороною (сторонами). Правочин, який вчиняє юридична особа, підписується особами, уповноваженими на це її установчими документами, довіреністю, законом або іншими актами цивільного законодавства, та скріплюється печаткою.

Використання при вчиненні правочинів факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, електронно-числового підпису або іншого аналога власноручного підпису допускається у випадках, встановлених законом, іншими актами цивільного законодавства, або за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідного аналога їхніх власноручних підписів.

Якщо фізична особа у зв'язку з хворобою або фізичною вадою не може підписатися власноручно, за її дорученням текст правочину у її присутності підписує інша особа. Підпис іншої особи на тексті правочину, що посвідчується нотаріально, засвідчується нотаріусом або посадовою особою, яка має правова вчинення такої нотаріальної дії, із зазначенням причин, з яких текст правочину не може бути підписаний особою, яка його вчиняє. Підпис іншої особи на тексті правочину. щодо якого не вимагається нотаріального посвідчення, може бути засвідчений відповідною посадовою особою за місцем роботи, навчання, проживання або лікування особи, яка його вчиняє.

Нотаріальне посвідчення правочину. Правочин, який вчинений у письмовій формі, підлягає нотаріальному посвідченню лише у випадках, встановлених законом або домовленістю сторін. Договір про закупівлю, який укладається відповідно до Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти», на вимогу замовника підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню.

Нотаріальне посвідчення правочину здійснюється нотаріусом або іншою посадовою особою, яка відповідно до закону має право на вчинення такої нотаріальної дії, шляхом вчинення на документі, в якому викладено текст правочину, посвідчувального напису. При цьому нотаріальне посвідчення може бущ вчинене на тексті лише такого правочину, який відповідає загальним вимогам, встановленим ст. 203 ЦК України.

На вимогу фізичної або юридичної особи будь-який правочин з її участю може бути нотаріально посвідчений.

Крім нотаріального посвідчення можлива також державна реєстрація правочину, яка здійснюється лише у випадках, встановлених законом. Такий правочин є вчиненим з моменту його державної реєстрації.

Якщо у правочині не вказане місце його вчинення, то:

1) місцем вчинення одностороннього правочину є місце вираження волі сторони;

2) місце вчинення дво- або багатостороннього правочину встановлюється відповідно до ст. 647 ЦК України.

Зміст правочину може бути витлумачений стороною (сторонами). На вимогу однієї або обох сторін суд може постановити рішення про тлумачення змісту правочину. При цьому беруться до уваги однакове для всього змісту правочину значення слів і понять, а також загальноприйняте у відповідній сфері відносин значення термінів.

Якщо буквальне значення слів і понять, а також загальноприйняте у відповідній сфері відносин значення термінів не дає змоги з'ясувати зміст окремих частин правочину, їхній зміст встановлюється порівнянням відповідної частини правочину зі змістом інших його частин, усім його змістом, намірами сторін. Якщо немає можливості визначити справжню волю особи, яка вчинила правочин, до уваги беруться мета правочину, зміст попередніх переговорів, усталена практика відносин між сторонами, звичаї ділового обороту, подальша поведінка сторін, текст типового договору та інші обставини, що мають істотне значення.

Відмова від правочину. Особа, яка вчинила односторонній правочин, має право відмовитися від нього, якщо інше не встановлено законом. Якщо такою відмовою від правочину порушено права іншої особи, ці права підлягають захисту.

Особи, які вчинили дво- або багатосторонній правочин, мають право за взаємною згодою сторін, а також у випадках, передбачених законом, відмовитися від нього, навіть і в тому разі, якщо його умови повністю ними виконані. Відмова від правочину вчиняється у такій самій формі, в якій було вчинено правочин.

Правові наслідки відмови від правочину встановлюються законом або домовленістю сторін.

Підставою **недійсності правочину** є недодержання в момент вчинення правочи- стороною (сторонами) вимог, які встановлені частинами 1—3, 5 та 6 ст. 203 ЦК України. Недійсним є правочин, якщо його недійсність встановлена законом «нікчемний правочин). У цьому разі визнання такого правочину недійсним судом не вимагається. У випадках, встановлених ЦК України, нікчемний правочин може бути визнаний судом дійсним. Якщо недійсність правочину прямо не встановлена законом, але одна із сторін або інша заінтересована особа заперечує його дійсність на підставах, встановлених законом, такий правочин може бути визнаний судом недійсним (оспорюваний правочин).

Недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю. У разі недійсності правочину кожна із сторін зобов'язана повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а в разі неможливості такого повернення, зокрема тоді, коли одержане полягає у користуванні майном, виконаній роботі, наданій послузі, — від шкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування.

Якщо у зв'язку із вчиненням недійсного правочину другій стороні або третій **особі** завдано збитків та моральної шкоди, вони підлягають відшкодуванню винною стороною.

Вказані правові наслідки застосовуються, якщо законом не встановлені особливі умови їх застосування або особливі правові наслідки окремих видів недійсних правочинів.

Правові наслідки недійсності нікчемного правочину, які встановлені законом, не можуть змінюватися за домовленістю сторін. Вимога про застосування наслідків недійсності нікчемного правочину може бути пред'явлена будь-якою заінтересованою особою. Суд може застосувати наслідки недійсності нікчемного правочину з власної ініціативи.

Слід зауважити, що недійсність окремої частини правочину не має наслідком непійсності інших його частин і правочину в цілому, якщо можна припустити, що правочин був би вчинений і без включення до нього недійсної частини.

Статтею 218 ЦК України передбачено правові наслідки недодержання вимоги по до письмової форми правочину. Так, недодержання сторонами письмової

форми правочину, яка встановлена законом, не має наслідком його недійсність, крім випадків, встановлених законом.

Заперечення однією із сторін факту вчинення правочину або оспорювання окремих його частин може доводитися письмовими доказами, засобами аудіо-. відеозапису та іншими доказами. Рішення суду не може ґрунтуватися на свідченнях свідків.

Якщо правочин, для якого законом встановлена його недійсність у разі недодержання вимоги щодо письмової форми (купівля-продаж нерухомого майна), укладений усно і одна із сторін вчинила дію, а друга сторона підтвердила її вчинення, зокрема шляхом прийняття виконання, такий правочин у разі спору може бути визнаний судом дійсним.

У разі недодержання вимоги закону про нотаріальне посвідчення одностороннього правочину чи договору такий правочин чи договір є нікчемним. Суд може визнати їх дійсними, якщо буде встановлено відповідність справжній волі особи, яка його вчинила, а нотаріальному посвідченню правочину перешкоджала обставина, яка не залежала від її волі, або якщо сторони домовилися щодо всіх істотних умов договору, що підтверджується письмовими доказами, і відбулося повне або часткове виконання договору, але одна із сторін ухилилася від його нотаріального посвідчення. У цьому разі наступне нотаріальне посвідчення договору не вимагається.

Нікчемний правочин або правочин, визнаний судом недійсним, є недійсним з моменту його вчинення. Якщо за недійсним правочином права та обов'язки передбачалися лише на майбутнє, можливість настання їх у майбутньому припиняється.

5.3. Правові наслідки вчинення правочину малолітньою та неповнолітньою особою за межами їх цивільної дієздатності.
Правові наслідки вчинення правочину дієздатною фізичною особою, яка у момент його вчинення не усвідомлювала значення своїх дій та не могла керувати ними.

Правочин, який вчинено малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності, може бути згодом схвалений її батьками (усиновлювачами) або одним з них, з ким вона проживає, або опікуном. Правочин вважається схваленим, якщо ці особи, дізнавшись про його вчинення, протягом одного місяця не заявили претензії другій стороні. У разі відсутності схвалення правочину він є нікчемним.

На вимогу заінтересованої особи суд може визнати такий правочин дійсним, якщо буде встановлено, що він вчинений на користь малолітньої особи.

Якщо правочин з малолітньою особою вчинила фізична особа з повною цивільною дієздатністю, то вона зобов'язана повернути особам, вказаним у ч. 1 ст. 221 ЦК України, все те, що вона одержала за таким правочином від малолітньої особи. Дієздатна сторона зобов'язана також відшкодувати збитки, завдані укладенням недійсного правочину, якщо у момент вчинення правочину вона знала або могла знати про вік другої сторони. Батьки (усиновлювачі) або опікун малолітньої особи зобов'язані повернути дієздатній стороні все одержане нею за цим правочином у натурі, а за неможливості повернути одержане в натурі — відшкодувати його вартість за цінами, які існують на момент відшкодування.

Якщо обома сторонами правочину є малолітні особи, то кожна з них зобов'язана повернути другій стороні все, що одержала за цим правочином, у натурі. У разі неможливості повернення майна відшкодування його вартості провадиться батьками (усиновлювачами) або опікуном, якщо буде встановлено, що зчиненню правочину або втраті майна, яке було предметом правочину, сприяла їхня винна поведінка.

У разі вчинення неповнолітньою особою правочину з малолітньою особою настають наслідки, передбачені щодо правочинів, вчинених неповнолітньою особою за межами її цивільної дієздатності.

Правочин, який неповнолітня особа вчинила за межами її цивільної дієздатності без згоди батьків (усиновлювачів), піклувальника, може бути згодом схвалений ними. Правочин вважається схваленим, якщо ці особи, дізнавшись про його вчинення, протягом одного місяця не заявили претензії другій стороні. У разі відсутності схвалення правочину він є нікчемним.

Правочин, вчинений неповнолітньою особою за межами її цивільної дієздатності без згоди батьків (усиновлювачів), піклувальників, може бути визнаний судом недійсним за позовом заінтересованої особи.

Якщо обома сторонами недійсного правочину є неповнолітні особи, то кожна з них зобов'язана повернути другій стороні усе одержане нею за цим правочином у натурі. У разі неможливості повернення одержаного в натурі відшкодовується його вартість за цінами, які існують на момент відшкодування. Якщо у неповнолітньої особи відсутні кошти, достатні для відшкодування, батьки (усиновлювачі) або піклувальник зобов'язані відшкодувати завдані збитки, якщо вони своєю винною поведінкою сприяли вчиненню правочину або втраті майна, яке 5уло предметом правочину.

Правочин, який дієздатна фізична особа вчинила у момент, коли вона не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними, може бути визнаний судом недійсним за позовом цієї особи, а в разі її смерті — за позовом інших осіб, чиї цивільні права або інтереси порушені. У разі наступного визнання фізичної особи, яка вчинила правочин, недієздатною позов про визнання правочину недійсним може пред'явити її опікун. Сторона, яка знала про стан фізичної особи у момент вчинення правочину, зобов'язана відшкодувати їй моральну шкоду, завдану у зв'язку із вчиненням такого правочину.

5.4. Правові наслідки вчинення правочину фізичною особою, цивільна дієздатність якої обмежена, або недієздатною особою.

Правові наслідки правочину, вчиненого під впливом помилки або під впливом тяжкої обставини.

Правочин, який вчинила фізична особа, цивільна дієздатність якої обмежена, за межами її цивільної дієздатності без згоди піклувальника, може бути згодом схвалений ним. Правочин вважається схваленим, якщо піклувальник, дізнавшись про його вчинення, протягом одного місяця не заявив претензії другій стороні.

У разі відсутності такого схвалення правочин за позовом піклувальника може Ілти визнаний судом недійсним, якщо буде встановлено, що він суперечить інтересам самого підопічного, членів його сім'ї або осіб, яких він відповідно до закону зобов'язаний утримувати.

Піклувальник має право дати згоду на вчинення правочинів, передбачених нижче, лише з дозволу органу опіки та піклування. Це такі правочини:

1) відмовитися від майнових прав підопічного;

2) видавати письмові зобов'язання від імені підопічного;

3) укладати договори, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, в тому числі договори щодо поділу або обміну житлового будинку, квартири;

4) укладати договори щодо іншого цінного майна.

На вимогу заінтересованої особи такий правочин може бути визнаний судом дійсним, якщо буде встановлено, що він відповідає інтересам фізичної особи, над якою встановлено опіку або піклування.

Схожим є правове регулювання наслідків вчинення правочину недієздатною фізичною особою. Так, ЦК України передбачено, що опікун може схвалити дрібний побутовий правочин, вчинений недієздатною фізичною особою, шляхом утримання від пред'явлення претензії другій стороні упродовж місяця після того, як опікун дізнався про нього. У разі відсутності такого схвалення цей правочин та інші правочини, які вчинені недієздатною фізичною особою, є нікчемними.

На вимогу опікуна правочин, вчинений недієздатною фізичною особою, може бути визнаний судом дійсним, якщо буде встановлено, що він вчинений на користь недієздатної фізичної особи.

Дієздатна сторона зобов'язана повернути опікунові недієздатної фізичної особи все одержане нею за цим правочином, а в разі неможливості такого повернення — відшкодувати вартість майна за цінами, які існують на момент відшкодування. Опікун зобов'язаний повернути дієздатній стороні все одержане недієздатною фізичною особою за нікчемним правочином. Якщо майно не збереглося, опікун зобов'язаний відшкодувати його вартість, якщо вчиненню правочину або втраті майна, яке було предметом правочину, сприяла винна поведінка опікуна.

Дієздатна сторона зобов'язана відшкодувати опікунові недієздатної фізичної особи або членам її сім'ї моральну шкоду, якщо буде встановлено, що вона знала про психічний розлад або недоумство другої сторони або могла припустити такий її стан.

Правові наслідки правочину, який вчинено під впливом помилки. Якщо особа, яка вчинила правочин, помилилася щодо обставин, які мають істотне значення, такий правочин може бути визнаний судом недійсним. Істотне значення має помилка щодо природи правочину, прав та обов'язків сторін, таких властивостей і якостей речі, які значно знижують її цінність або можливість використання за цільовим призначенням. Помилка щодо мотивів правочину не має істотного значення, крім випадків, встановлених законом.

У разі визнання правочину недійсним особа, яка помилилася в результаті її власного недбальства, зобов'язана відшкодувати другій стороні завдані їй збитки.

Сторона, яка своєю необережною поведінкою сприяла помилці, зобов'язана відшкодувати другій стороні завдані їй збитки.

Правові наслідки правочину, який вчинено під впливом тяжкої обставини. Правочин, який вчинено особою під впливом тяжкої для неї обставини і на вкрай невигідних умовах, може бути визнаний судом недійсним незалежно від того, хто був ініціатором такого правочину.

При визнанні такого правочину недійсним застосовуються наслідки, встановлені ЦК України, а саме:

1) недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю; у разі недійсності правочину кожна із сторін зобов'яза-

на повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а в разі неможливості такого повернення, зокрема тоді, коли одержане полягає у користуванні майном, виконаній роботі, наданій послузі, — відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування;

2) якщо у зв'язку із вчиненням недійсного правочину другій стороні або третій особі завдано збитків та моральної шкоди, вони підлягають відшкодуванню винною стороною;

3) правові наслідки, передбачені ч. 1 та 2 ст. 216 ЦК України, застосовуються, якщо законом не встановлені особливі умови їх застосування або особливі правові наслідки окремих видів недійсних правочинів;

4) правові наслідки недійсності нікчемного правочину, які встановлені законом, не можуть змінюватися за домовленістю сторін;

5) вимога про застосування наслідків недійсності нікчемного правочину може бути пред'явлена будь-якою заінтересованою особою.

Суд може застосувати наслідки недійсності нікчемного правочину з власної ініціативи.

Сторона, яка скористалася тяжкою обставиною, зобов'язана відшкодувати другій стороні збитки і моральну шкоду, що завдані їй у зв'язку з вчиненням цього правочину.

5.5. Правові наслідки вчинення правочину під впливом обману чи насильства. Правові наслідки фіктивного або удаваного правочину.

Правові наслідки вчинення правочину під впливом обману. Якщо одна із сторін правочину навмисно ввела другу сторону в оману щодо обставин, які мають істотне значення (істотне значення мають обставини щодо природи правочину, прав та обов'язків сторін, таких властивостей і якостей речі, які значно знижують її цінність або можливість використання за цільовим призначенням; мотиви правочину не мають істотного значення, крім випадків, встановлених законом), такий правочин визнається судом недійсним.

Обман має місце, якщо сторона заперечує наявність обставин, які можуть перешкодити вчиненню правочину, або якщо вона замовчує їх існування.

Сторона, яка застосувала обман, зобов'язана відшкодувати другій стороні збитки у подвійному розмірі та моральну шкоду, що завдані у зв'язку з вчиненням цього правочину.

Правові наслідки правочину, який вчинено під впливом насильства. Правочин, вчинений особою проти її справжньої волі внаслідок застосування до неї фізичного чи психічного тиску з боку другої сторони або з боку іншої особи, визнається судом недійсним.

Винна сторона (інша особа), яка застосувала фізичний або психічний тиск до другої сторони, зобов'язана відшкодувати їй збитки у подвійному розмірі та моральну шкоду, що завдані у зв'язку з вчиненням цього правочину.

Правові наслідки фіктивного правочину. Фіктивним є правочин, який вчинено без наміру створення правових наслідків, які обумовлювалися цим правочином.

Фіктивний правочин визнається судом недійсним.

Правові наслідки удаваного правочину. Удаваним є правочин, який вчинено сторонами для приховання іншого правочину, який вони насправді вчинили.

Якщо буде встановлено, що правочин був вчинений сторонами для приховання іншого правочину, який вони насправді вчинили, відносини сторін регулюються правилами щодо правочину, який сторони насправді вчинили.

5.6. Цивільне представництво. Представництво за довіреністю. Форми і строки довіреності. Представництво за законом. Комерційне представництво. Передоручення. Скасування довіреності.

Відповідно до ст. 237 ЦК України, представництвом є правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє. Не є представником особа, яка хоч і діє в чужих інтересах, але від власного імені, а також особа, уповноважена на ведення переговорів щодо можливих у майбутньому правочинів. Представництво виникає на підставі договору, закону, акта органу юридичної особи та з інших підстав, встановлених актами цивільного законодавства.

Представник може бути уповноважений на вчинення лише тих правочинів. право на вчинення яких має особа, яку він представляє. Представник не може вчиняти правочин, який відповідно до його змісту може бути вчинений лише особисто тією особою, яку він представляє. Представник не може вчиняти правочин від імені особи, яку він представляє, у своїх інтересах або в інтересах іншої особи, представником якої він одночасно є, за винятком комерційного представництва, а також щодо інших осіб, встановлених законом.

Правочин, вчинений представником, створює, змінює, припиняє цивільні права та обов'язки особи, яку він представляє.

Представник зобов'язаний вчиняти правочин за наданими йому повноваженнями особисто. Він може передати своє повноваження частково або в повному обсязі іншій особі, якщо це встановлено договором або законом між особою, яку представляють, і представником, або якщо представник був вимушений до цього з метою охорони інтересів особи, яку він представляє.

Представник, який передав своє повноваження іншій особі, повинен повідомити про це особу, яку він представляє, та надати їй необхідні відомості про особу, якій передані відповідні повноваження (замісника). Невиконання цього обов'язку покладає на особу, яка передала повноваження, відповідальність за дії замісника як за свої власні.

Правочин, вчинений замісником, створює, змінює, припиняє цивільні права та обов'язки особи, яку він представляє.

Правочин, вчинений представником з перевищенням повноважень, створює, змінює, припиняє цивільні права та обов'язки особи, яку він представляє, лише у разі наступного схвалення правочину цією особою. Правочин вважається схваленим зокрема у разі, якщо особа, яку він представляє, вчинила дії, що свідчать про прийняття його до виконання.

Наступне схвалення правочину особою, яку представляють, створює, змінює і припиняє цивільні права та обов'язки з моменту вчинення цього правочину.

Згідно зі ст. 242 ЦК України, **представництво за законом** здійснюється:

а) батьками (усиновлювачами), які є законними представниками своїх ма лолітніх та неповнолітніх дітей.

б) опікунами, які є законними представниками малолітньої особи та фізичної особи, визнаної недієздатною.

Законним представником у випадках, встановлених законом, може бути інша особа.

Комерційним представником є особа, яка постійно та самостійно виступає представником підприємців при укладенні ними договорів у сфері підприємницької діяльності.

Комерційне представництво одночасно кількох сторін правочину допускається за згодою цих сторін та в інших випадках, встановлених законом. Повноваження комерційного представника можуть бути підтверджені письмовим договором між ним та особою, яку він представляє, або довіреністю.

Особливості комерційного представництва в окремих сферах підприємницької діяльності встановлюються законом.

Представництво, яке ґрунтується на договорі, може здійснюватися за довіреністю. Представництво за довіреністю може ґрунтуватися на акті органу юридичної особи.

Довіреністю є письмовий документ, що видається однією особою іншій особі для представництва перед третіми особами. Довіреність на вчинення правочину представником може бути надана особою, яку представляють (довірителем), безпосередньо третій особі.

Статтею 245 ЦК України встановлено вимоги до **форми довіреності.** Так, форма довіреності повинна відповідати формі, в якій відповідно до закону має вчинятися правочин. Довіреність, що видається у порядку передоручення, підлягає таріальному посвідченню, крім випадків, встановлених ч. 4 ст. 245 ЦК України. Довіреність військовослужбовця або іншої особи, яка перебуває на лікуванні у госпіталі, санаторії та іншому військово-лікувальному закладі, може бути посвідчена начальником цього закладу, його заступником з медичної частини, старшим або черговим лікарем. Довіреність військовослужбовця, а в пунктах дислокації військової частини, з'єднання, установи, військово-навчального закладу, де немає нотаріуса чи органу, що вчиняє нотаріальні дії, а також довіреність робітника, службовця, члена їхніх сімей і члена сім'ї військовослужбовця може буги посвідчена командиром (начальником) цих частини, з'єднання, установи або закладу. Довіреність особи, яка перебуває у місці позбавлення волі (слідчому ізоляторі), може бути посвідчена начальником місця позбавлення волі. Довіреності, посвідчені зазначеними посадовими особами, прирівнюються до нотаріально посвідчених. Довіреність на одержання заробітної плати, стипендії, пенсії, аліментів, інших платежів та поштової кореспонденції (поштових переказів, посилок тощо) може бути посвідчена посадовою особою організації, в якій довіритель працює, навчається, перебуває на стаціонарному лікуванні, або за місцем його проживання.

Довіреність від імені юридичної особи видається її органом або іншою особою, уповноваженою на це її установчими документами, та скріплюється печаткою цієї юридичної особи.

Строк довіреності встановлюється у довіреності. Якщо строк довіреності не встановлений, вона зберігає чинність до припинення її дії.

Строк довіреності, виданої в порядку передоручення, не може перевищувати строку основної довіреності, на підставі якої вона видана.

Довіреність, у якій не вказана дата її вчинення, є нікчемною.

Представництво за довіреністю припиняється у разі:

1) закінчення строку довіреності;
2) скасування довіреності особою, яка її видала;
3) відмови представника від вчинення дій, що були визначені довіреністю;

4) припинення юридичної особи, яка видала довіреність;
5) припинення юридичної особи, якій видана довіреність;
6) смерті особи, яка видала довіреність, оголошення її померлою, визнання її недієздатною або безвісно відсутньою, обмеження її цивільної дієздатності.

У разі смерті особи, яка видала довіреність, представник зберігає своє повноваження за довіреністю для ведення невідкладних справ або таких дій, невиконання яких може призвести до виникнення збитків;

7) смерті особи, якій видана довіреність, оголошення її померлою, визнання її недієздатною або безвісно відсутньою, обмеження її цивільної дієздатності.

З припиненням представництва за довіреністю втрачає чинність передоручення. У разі припинення представництва за довіреністю представник зобов'язаний негайно повернути довіреність.

Особа, яка видала довіреність, за винятком безвідкличної довіреності, може в будь-який час скасувати довіреність або передоручення. Відмова від цього права є нікчемною.

Особа, яка видала довіреність і згодом скасувала її, повинна негайно повідомити про це представника, а також відомих їй третіх осіб, для представництва перед якими була видана довіреність. Права та обов'язки щодо третіх осіб, що виникли внаслідок вчинення правочину представником до того, як він довідався або міг довідатися про скасування довіреності, зберігають чинність для особи, яка видала довіреність, та її правонаступників. Це правило не застосовується, якщо третя особа знала або могла знати, що дія довіреності припинилася.

Законом може бути встановлено право особи видавати безвідкличні довіреності на певний час.

Разом з тим, представник має право відмовитися від вчинення дій, які були визначені довіреністю. Представник зобов'язаний негайно повідомити особу, яку він представляє, про відмову від вчинення дій, які були визначені довіреністю.

Представник не може відмовитися від вчинення дій, які були визначені довіреністю, якщо ці дії були невідкладними або такими, що спрямовані на запобігання завданню збитків особі, яку він представляє, чи іншим особам. Представник відповідає перед особою, яка видала довіреність, за завдані їй збитки у разі недодержання ним вимог, встановлених частинами 2 та 3 ст. 250 ЦК України

5.7. *Поняття позовної давності. Загальна і спеціальна позовна давність. Обчислення позовної давності. Застосування судом позовної давності. Наслідки спливу позовної давності. Вимоги, на які позовна давність не поширюється.*

Відповідно до ст. 256 ЦК України, позовна давність — це строк, у межах якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права або інтересу.

Загальна позовна давність встановлюється тривалістю у три роки.

Для окремих видів вимог законом може встановлюватися спеціальна позовна давність: скорочена або більш тривала порівняно із загальною позовною давністю.

Позовна давність в один рік застосовується, зокрема, до вимог:
1) про стягнення неустойки (штрафу, пені);

2) про спростування недостовірної інформації, поміщеної у засобах масової інформації. У цьому разі позовна давність обчислюється від дня поміщення цих відомостей у засобах масової інформації або від дня, коли особа довідалася чи могла довідатися про ці відомості;

3) про переведення на співвласника прав та обов'язків покупця у разі порушення переважного права купівлі частки у праві спільної часткової власності (ст. 362 ЦК України);

4) у зв'язку з недоліками проданого товару (ст. 681 ЦК України);

5) про розірвання договору дарування (ст. 728 ЦК України);

6) у зв'язку з перевезенням вантажу, пошти (ст. 925 ЦК України);

7) про оскарження дій виконавця заповіту (ст. 1293 ЦК України).

Позовна давність у п'ять років застосовується до вимог про визнання недійсним правочину, вчиненого під впливом насильства або обману.

Позовна давність у десять років застосовується до вимог про застосування наслідків нікчемного правочину.

Позовна давність, встановлена законом, може бути збільшена за домовленістю сторін. Договір про збільшення позовної давності укладається у письмовій формі.

Позовна давність, встановлена законом, не може бути скорочена за домовленістю сторін.

Позовна давність **обчислюється** за загальними правилами визначення строків, встановленими статтями 253-255 ЦК України. Порядок обчислення позовної давності не може бути змінений за домовленістю сторін.

Перебіг позовної давності починається від дня, коли особа довідалася або могла довідатися про порушення свого права або про особу, яка його порушила.

Перебіг позовної давності за вимогами про визнання недійсним правочину, вчиненого під впливом насильства, починається від дня припинення насильства.

Перебіг позовної давності за вимогами про застосування наслідків нікчемного правочину починається від дня, коли почалося його виконання.

У разі порушення цивільного права або інтересу неповнолітньої особи позовна давність починається від дня досягнення нею повноліття.

За зобов'язаннями з визначеним строком виконання перебіг позовної давності починається зі спливом строку виконання.

За зобов'язаннями, строк виконання яких не визначений або визначений моментом вимоги, перебіг позовної давності починається від дня, коли у кредитора виникає право пред'явити вимогу про виконання зобов'язання. Якщо боржникові надається пільговий строк для виконання такої вимоги, перебіг позовної давності починається зі спливом цього строку.

За регресними зобов'язаннями перебіг позовної давності починається від дня виконання основного зобов'язання.

Винятки з правил, встановлених частинами 1 та 2 ст. 261 ЦК України, можуть бути встановлені законом.

Заміна сторін у зобов'язанні не змінює порядку обчислення та перебігу позовної давності.

Перебіг позовної давності **зупиняється:**

1) якщо пред'явленню позову перешкоджала надзвичайна або невідворотна за даних умов подія (непереборна сила);

2) у разі відстрочення виконання зобов'язання (мораторій) на підставах, встановлених законом;

3) у разі зупинення дії закону або іншого нормативно-правового акта, який регулює відповідні відносини;

4) якщо позивач або відповідач перебуває у складі Збройних Сил України або в інших створених відповідно до закону військових формуваннях, що переведена воєнний стан.

У разі виникнення обставин, встановлених частиною першою цієї статті, перебіг позовної давності зупиняється на весь час існування цих обставин.

Від дня припинення обставин, що були підставою для зупинення перебігу позовної давності, перебіг позовної давності продовжується з урахуванням часу, шо минув до його зупинення.

Перебіг позовної давності **переривається** вчиненням особою дії, що свідчить про визнання нею свого боргу або іншого обов'язку.

Позовна давність переривається у разі пред'явлення особою позову до одного із кількох боржників, а також якщо предметом позову є лише частина вимоги, право на яку має позивач.

Після переривання перебіг позовної давності починається заново. Час, що минув до переривання перебігу позовної давності, до нового строку не зараховується.

Залишення позову без розгляду не зупиняє перебігу позовної давності. Якшс суд залишив без розгляду позов, пред'явлений у кримінальному процесі, час від дня пред'явлення позову до набрання законної сили рішенням суду, яким поз: було залишено без розгляду, не зараховується до позовної давності. Якщо частина строку, що залишилася, є меншою ніж шість місяців, вона подовжується до шести місяців.

Зі спливом позовної давності до основної вимоги вважається, що позовна давність спливла і до додаткової вимоги (стягнення неустойки, накладення стягнення на заставлене майно тощо).

Особа, яка виконала зобов'язання **після спливу позовної давності,** не має права вимагати повернення виконаного, навіть якщо вона у момент виконання не знала про сплив позовної давності. Заява про захист цивільного права або інтере: має бути прийнята судом до розгляду **незалежно від спливу позовної давності.** Позовна давність застосовується судом лише за заявою сторони у спорі, зробленою до винесення ним рішення. Сплив позовної давності, про застосування якої заявлено стороною у спорі, є підставою для відмови у позові. Якщо суд визнає поважними причини пропущення позовної давності, порушене право підлягає захисту.

Слід відзначити, що відповідно до ст. 268 ЦК України позовна давність не поширюється:

1) на вимогу, що випливає із порушення особистих немайнових прав, крім випадків, встановлених законом;

2) на вимогу вкладника до банку (фінансової установи) про видачу вкладу;

3) на вимогу про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю;

4) на вимогу власника або іншої особи про визнання незаконним правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, яким порушено його право власності або інше речове право;

5) на вимогу страхувальника (застрахованої особи) до страховика про здійснення страхової виплати (страхового відшкодування);

6) на вимогу центрального органу виконавчої влади, що здійснює управління державним резервом, стосовно виконання зобов'язань, що випливають із Закон України «Про державний матеріальний резерв».

Законом можуть бути встановлені також інші вимоги, на які не поширюється позовна давність.

5.8. Поняття та види особистих немайнових прав. Спростування недостовірної інформації. Право на відшкодування майнової та моральної шкоди.
Особисті немайнові права. Право фізичної особи на інформацію. Таємниця власної кореспонденції. Судовий захист особистих немайнових прав.

Структура чинного ЦК України включає Книгу II, що має назву «Особисті немайнові права фізичної особи». По-перше, це є новелою порівняно з раніше чинним ЦК УРСР 1963 р. По-друге, регулювання особистих немайнових прав ЦК України є логічним продовженням відповідних положень Конституції України, в тому числі положення про те, що людина в Україні є найвищою соціальною цінністю.

Особисті немайнові права — це такі права, що належать кожній фізичній особі від народження або за законом, тісно пов'язані із фізичною особою та не мають економічного змісту.

Фізична особа володіє особистими немайновими правами довічно, вона не може відмовитися від них та не може бути позбавлена цих прав (ст. 269 ЦК України).

Основні риси особистих немайнових прав фізичної особи:

1) належать кожній фізичній особі від народження або за законом. Підставою їх виникнення є певні юридичні факти (факт народження, факт досягнення певного віку, інші юридичні факти, передбачені законом). Незважаючи на те, що більшість особистих немайнових прав належить фізичній особі від народження, виникнення деяких закон пов'язує саме із настанням певних життєвих обставин. Наприклад, право на зміну імені має особа, яка досягла 16 років;

2) тісно пов'язані із фізичною особою, є природними та не можуть бути відчужені;

3) не мають економічного змісту. Вартість особистих немайнових прав у грошовому еквіваленті визначити неможливо;

4) належать фізичній особі довічно.

Види особистих немайнових прав закріплені у Конституції України, конкретизовані у ЦК України та деяких інших законодавчих актах. Перелік особистих немайнових прав, які встановлені Конституцією України, Цивільним кодексом України та іншими законами, не є вичерпним, включає тільки основні особисті немайнові права, що мають надзвичайно важливе значення у житті кожної особи.

Орієнтовний перелік особистих немайнових прав викладений у ч. 1 ст. 270 ЦК України. Так, відповідно до Конституції України, фізична особа має право на життя, право на охорону здоров'я, право на безпечне для життя і здоров'я довкілля, право на свободу та особисту недоторканність, право на недоторканність особистого і сімейного життя, право на повагу до гідності та честі, право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, право на недоторканність житла, право на вільний вибір місця проживання та на свободу пересування, право на свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості.

ЦК України виділяє дві категорії (групи) особистих немайнових прав:

— особисті немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи (глава 21 ЦК України). Виділення цієї категорії пов'язане з тим, що люди-

на є біологічною істотою, для фізичного існування якої необхідні найважливіші природні права;

— особисті немайнові права, що забезпечують соціальне буття фізичної особи
(глава 22 ЦК України). Ця категорія прав пов'язана із тим, що кожна людина живе у суспільстві, і це обумовлює виникнення інших особистих немайнових прав.

До особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування фізичної особи, належать:

—право на життя (ст. 281 ЦК України);

—право на усунення небезпеки, яка загрожує життю і здоров'я (ст. 282 ЦК України);

—право на охорону здоров'ю (ст. 283 ЦК України);

—право на медичну допомогу (ст. 284 ЦК України);

—право на інформацію про стан свого здоров'я (ст. 285 ЦК України);

—право на таємницю про стан здоров'я (ст. 286 ЦК України);

—право на свободу (ст. 288 ЦК України);

—право на особисту недоторканність (ст. 289 ЦК України);

—право на донорство (ст. 290 ЦК України);

—право на сім'ю (ст. 291 ЦК України);

—право малолітньої, неповнолітньої особи на опіку або піклування (ст. 292 ЦК України);

—право на безпечне для життя і здоров'я довкілля (ст. 293 ЦК України);

—право фізичної особи, яка перебуває на стаціонарному лікування у закладі охорони здоров'я на допуск до неї інших медичних працівників, членів сім'ї, опікуна, піклувальника, нотаріуса, адвоката, священнослужителя для відправлення богослужіння та релігійного обряду (ст. 287 ЦК України).

До особистих немайнових прав, що забезпечують соціальне буття фізичної особи, відносяться:

—право на ім'я (ст. 294 ЦК України);

—право на зміну імені (ст. 295 ЦК України);

—право на використання імені (ст. 296 ЦК України);

—право на повагу до гідності та честі (ст. 297 ЦК України);

—право на недоторканність ділової репутації (ст. 299 ЦК України);

—право на індивідуальність (ст. 300 ЦК України);

—право на особисте життя та його таємницю (ст. 301 ЦК України);

—право на інформацію (ст. 302 ЦК України);

—право на особисті папери та на розпорядження особистими паперами (статті 303, 304 ЦК України);

—право на ознайомлення з особистими паперами, які передані до фонду бібліотек або архівів (ст. 305 ЦК України);

—право на таємницю кореспонденції (ст. 306 ЦК України);

—право на захист інтересів при проведенні фото-, кіно-, теле- та відеозйомок (ст. 307 ЦК України);

—право на свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості (ст. 309 ЦК України);

—право на місце проживання (ст. 310 ЦК України);

—право на недоторканність житла (ст. 311 ЦК України);

—право на вибір роду занять (ст. 312 ЦК України);

—право на свободу пересування (ст. 313 ЦК України);

—право на свободу об'єднання у політичні партії або громадські організації (ст. 314 ЦК України);

— право на мирні зібрання (ст. 315 ЦК України).

За загальним правилом, фізична особа самостійно здійснює особисті немайнові права. Однак в окремих випадках в інтересах малолітніх, неповнолітніх, а також повнолітніх фізичних осіб, які за віком або станом здоров'я не можуть самостійно здійснювати свої особисті немайнові права, їхні права здійснюють батьки (усиновлювачі), опікуни, піклувальники (ст. 272 ЦК України).

Слід розрізняти такі поняття, як неможливість самостійно здійснювати особисті немайнові права та передача таких прав іншим особам. У випадку, коли замість особи, яка не може самостійно здійснювати особисті немайнові права, такі права здійснює інша особа відповідно до закону, то передача прав не відбувається. Батьки (усиновлювачі), опікуни, піклувальники здійснюють відповідні особисті немайнові права не для себе, а для осіб — носіїв таких прав.

Фізична особа має право вимагати від посадових і службових осіб вчинення відповідних дій, спрямованих на забезпечення здійснення нею особистих немайнових прав.

Здійснення особистих немайнових прав фізичною особою забезпечують в межах своїх повноважень органи державної влади, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування (ч. 1 ст. 273 ЦК України).

Юридичні особи, їх працівники, окремі фізичні особи, професійні обов'язки яких стосуються особистих немайнових прав фізичної особи, зобов'язані утримуватися від дій, якими ці права можуть бути порушені.

Діяльність фізичних та юридичних осіб не може порушувати особисті немайнові права.

Важливою гарантією здійснення особистих немайнових прав фізичної особи є можливість захисту таких прав від протиправних посягань інших осіб (ст. 275 ЦК України). Одним із способів захисту особистих немайнових прав є поновлення таких прав. Стаття 276 ЦК України передбачає, що орган державної влади, орган влади АРК, орган місцевого самоврядування, фізична особа, рішеннями, діями або бездіяльністю яких порушено особисте немайнове право фізичної особи, зобов'язані вчинити необхідні дії для його поновлення. Якщо такі дії не вчиняються, рішення щодо поновлення порушеного права, а також відшкодування моральної шкоди, завданої його порушенням, може постановити суд.

Фізична особа, особисті немайнові права якої порушено внаслідок поширення про неї та (або) членів її сім'ї недостовірної інформації, має право на відповідь, а також на спростування цієї інформації. Право на відповідь, а також на **спростування недостовірної інформації** щодо особи, яка померла, належить членам її сім'ї, близьким родичам та іншим заінтересованим особам. Негативна інформація, поширена про особу, вважається недостовірною, якщо особа, яка її поширила, не доведе протилежного. Спростування недостовірної інформації здійснюється особою, яка поширила інформацію. Поширювачем інформації, яку подає посадова чи службова особа при виконанні своїх посадових (службових) обов'язків, вважається юридична особа, у якій вона працює.

Якщо особа, яка поширила недостовірну інформацію, невідома, фізична особа, право якої порушено, може звернутися до суду із заявою про встановлення факту недостовірності цієї інформації та її спростування.

Якщо недостовірна інформація міститься у документі, який прийняла (видала) юридична особа, цей документ має бути відкликаний.

Фізична особа, особисті немайнові права якої порушено у друкованих або інших засобах масової інформації, має право на відповідь, а також на спростуван-

ня недостовірної інформації у тому ж засобі масової інформації в порядку, встановленому законом.

Якщо відповідь та спростування у тому ж засобі масової інформації є неможливими у зв'язку з його припиненням, така відповідь та спростування мають бути оприлюднені в іншому засобі масової інформації, за рахунок особи, яка поширила недостовірну інформацію.

Спростування недостовірної інформації здійснюється незалежно від вини особи, яка її поширила. Спростування недостовірної інформації здійснюється у такий же спосіб, у який вона була поширена.

Якщо особисте немайнове право фізичної особи порушене у газеті, книзі, кінофільмі, теле-, радіопередачі тощо, які готуються до випуску у світ, суд може заборонити розповсюдження відповідної інформації.

Якщо особисте немайнове право фізичної особи порушене в номері (випуску) газети, книзі, кінофільмі, теле-, радіопередачі тощо, які випущені у світ, суд може заборонити (припинити) їх розповсюдження до усунення цього порушення, а якщо усунення порушення неможливе, — вилучити тираж газети, книги тощо з метою його знищення.

Якщо особа, яку **суд зобов'язав** вчинити відповідні дії для усунення порушення особистого немайнового права, ухиляється від виконання судового рішення, на неї може бути накладено штраф відповідно до Цивільного процесуального кодексу України. Сплата штрафу не звільняє особу від обов'язку виконати рішення суду.

Якщо фізичній особі внаслідок порушення її особистого немайнового права завдано майнової та (або) моральної шкоди, ця шкода підлягає відшкодуванню.

Фізична особа має право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати **інформацію.**

Збирання, зберігання, використання і поширення інформації про особисте життя фізичної особи без її згоди не допускаються, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини.

Фізична особа, яка поширює інформацію, зобов'язана переконатися в її достовірності. Фізична особа, яка поширює інформацію, отриману з офіційних джерел (інформація органів державної влади, органів місцевого самоврядування, звіти, стенограми тощо), не зобов'язана перевіряти її достовірність та не несе відповідальності в разі її спростування. Фізична особа, яка поширює інформацію, отриману з офіційних джерел, зобов'язана робити посилання на таке джерело.

Фізична особа має **право на таємницю** листування, телеграм, телефонних розмов, телеграфних повідомлень та інших видів кореспонденції. Листи, телеграми тощо є власністю адресата. Листи, телеграми та інші види кореспонденції можуть використовуватися, зокрема шляхом опублікування, лише за згодою особи, яка направила їх, та адресата. Якщо кореспонденція стосується особистого життя іншої фізичної особи, для її використання, зокрема шляхом опублікування, потрібна згода цієї особи.

У разі смерті фізичної особи, яка направила кореспонденцію, і адресата використання кореспонденції, зокрема шляхом її опублікування, можливе лише за згодою фізичних осіб, визначених ч. 4 ст. 303 ЦК України.

У разі смерті фізичної особи, яка направила кореспонденцію, і адресата, а також у разі смерті фізичних осіб, визначених ч. 4 ст. 303 ЦК України, кореспонденція, яка має наукову, художню, історичну цінність, може бути опублікована в порядку, встановленому законом.

Кореспонденція, яка стосується фізичної особи, може бути долучена до судової справи лише у разі, якщо в ній містяться докази, що мають значення для вирішення справи. Інформація, яка міститься в такій кореспонденції, не підлягає розголошенню.

Порушення таємниці кореспонденції може бути дозволено судом у випадках, встановлених законом, з метою запобігання злочинові чи з'ясування істини під час розслідування кримінальної справи, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо.

5.9. Право на повагу до гідності та честі, недоторканності ділової репутації. Відповідальність за порушення цих прав.

Право на повагу до гідності та честі, недоторканності ділової репутації належить до особистих немайнових прав, що забезпечують соціальне буття фізичної особи.

Відповідно до ст. 297 ЦК України, кожен має право на повагу до його гідності та честі. Гідність та честь фізичної особи є недоторканними.

Фізична особа має право звернутися до суду з позовом про захист її гідності та честі.

Згідно зі ст. 299 ЦК України, фізична особа має право на недоторканність своєї ділової репутації. Фізична особа може звернутися до суду з позовом про захист своєї ділової репутації.

5.10. Право власності. Форми права власності в Україні. Підстави набуття права власності. Набувальна давність. Право спільної власності. Право спільної часткової власності. Визначення часток. Поділ (виділ) частки з майна, що є у спільній власності.

Право власності — це основне речове право фізичних та юридичних осіб. Відповідно до ст. 41 Конституції України, кожен має право володіти, користувалися та розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної та тзорчої діяльності.

Інститут права власності є важливим інститутом цивільного права. Крім Конституції України, норми інституту права власності містить ЦК України, Закон України «Про власність», а також деякі інші законодавчі акти.

Відповідно до ст. 316 ЦК України, ***правом власності є право особи наріч (майно), яке вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб.***

Прийнято розрізняти право власності в об'єктивному та суб'єктивному значенні.

Право власності в об'єктивному значенні — це сукупність правових норм, що регулюють відносини власності і є юридичною підставою для реалізації права власності у суб'єктивному значенні.

Право власності у суб'єктивному значенні — це право особи володіти, користуватися та розпоряджатися річчю за власним розсудом.

Отже, зміст права власності у суб'єктивному значенні складається з трьох сравомочностей власника, а саме:

— право володіння (можливість фактично тримати річ та фізично впливати на

—право користування (можливість отримувати споживчі властивості речі);
—право розпорядження (можливість визначати фактичну та юридичну долю речі).

На зміст права власності не впливають місце проживання власника та місцезнаходження майна.

Стаття 319 ЦК України встановлює загальні правила та межі здійснення права власності:

1. Власник володіє, користується, розпоряджається своїм майном на власний розсуд.

2. Власник має право вчиняти щодо свого майна будь-які дії, які не суперечать закону. При здійсненні своїх прав та виконанні обов'язків власник зобов'язаний додержуватися моральних засад суспільства.

3. Усім власникам забезпечуються рівні умови здійснення своїх прав.

4. Власність зобов'язує.

5. Власник не може використовувати право власності на шкоду правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію та природні якості землі.

6. Держава не втручається у здійснення власником права власності.

7. Діяльність власника може бути обмежена чи припинена або власника може бути зобов'язано допустити до користування його майном інших осіб лише у випадках і в порядку, встановлених законом.

8. Особливості здійснення права власності на національні, культурні та історичні цінності встановлюються законом.

Важливим конституційним принципом здійснення права власності є **принцип непорушності права власності,** відповідно до якого ніхто не може бути протиправно позбавлений цього права чи обмежений у його здійсненні.

Особа може бути позбавлена права власності або обмежена у його здійсненні лише у випадках і в порядку, встановлених законом.

Примусове відчуження об'єктів права власності (реквізиція) може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього та повного відшкодування їх вартості. Примусове відчуження таких об'єктів з наступним повним відшкодуванням їх вартості можливе лише в умовах військового або надзвичайного стану.

До особи може бути застосовано позбавлення права власності на майно за рішенням суду як санкція за вчинення правопорушення (конфіскація) у випадках, встановлених законом. Конфісковане майно переходить у власність держави безоплатно.

Власник несе тягар утримання майна, він зобов'язаний утримувати майно, шо йому належить, здійснюючи свою владу над майном.

Ризик випадкового знищення та випадкового пошкодження (псування) майна несе його власник, якщо інше не встановлено договором або законом. Випадкове знищення або пошкодження майна мають місце у випадку, коли воно сталося не з вини учасників договору, а в силу випадкових причин (непереборної сили. випадку, коли вина когось відсутня).

Об'єктами права власності можуть бути різноманітні об'єкти цивільних прав, а саме: земельні ділянки, рухоме та нерухоме майно, майнові права, гроші, цінні папери, результати інтелектуальної, творчої діяльності, природні ресурси.

Переважним способом захисту права власності є судовий захист.

Держава забезпечує рівний захист прав усіх суб'єктів права власності.

Власник, який має підстави передбачати можливість порушення свого права власності іншою особою, може звернутися до суду з вимогою про заборону вчинення нею дій, які можуть порушити його право, або з вимогою про вчинення певних дій для запобігання такому порушенню.

Власник, права якого порушені, має право на відшкодування завданої йому майнової та моральної шкоди.

Крім того, власник має право:

1. Витребувати своє майно із чужого незаконного володіння (від особи, яка незаконно, без відповідної правової підстави заволоділа ним) (ст. 390 ЦК України).

Володіння може бути законним та незаконним. Законне володіння засноване на певному праві. Незаконне володіння може бути добросовісним та недобросовісним. Добросовісне володіння має місце у випадку, коли володілець не знав та не міг знати про неправомірність свого володіння. Недобросовісний володілець — не особа, яка знала або повинна була знати про неправомірність володіння.

2. Витребувати майно від добросовісного набувача (ст. 388 ЦК України).

3. Вимагати усунення перешкод у здійсненні ним права користування та розпорядження своїм майном (ст. 391 ЦК України).

4. Пред'явити позов про визнання його права власності, якщо це право оспорюється або не визнається іншою особою, а також у разі втрати ним документа, жкий засвідчує його право власності (ст. 392 ЦК України).

5. Пред'явити позов про визнання недійсним та скасування правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, який не відповідає законові і порушує права власника (ст. 393 ЦК України).

6. Отримати компенсацію у зв'язку із зниженням цінності земельної ділянки, житлового будинку, інших будівель у результаті діяльності, що призвела до зниження рівня екологічної, шумової захищеності території, погіршення природних властивостей землі (ст. 394 ЦК України). Конституція України, а також ЦК України передбачають *такі форми власності:*

—право власності Українського народу;

—право приватної власності;

—право державної власності;

—право комунальної власності.

Відповідно до ст. 13 Конституції України та ст. 324 ЦК України, земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної морської економічної зони є об'єктами права власності Українського народу. Від ні Українського народу права власника здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах, встановлених Конституцією України.

Кожен громадянин має право користуватися природними об'єктами права власності Українського народу відповідно до закону. *Право* ***приватної*** *власності* — це така форма власності, суб'єктами якої є фізичні та юридичні особи.

Фізичні та юридичні особи можуть бути власниками будь-якого майна, за винятком окремих видів майна, які відповідно до закону не можуть їм належати. Склад, кількість та вартість майна, яке може бути у власності фізичних та юридичних осіб, не є обмеженими. Законом може бути встановлено обмеження розміру земельної ділянки, яка може бути у власності фізичної та юридичної особи.

У *державній власності* є майно, у тому числі грошові кошти, яке належить державі Україна. Від імені та в інтересах держави Україна право власності здійснюють відповідно органи державної влади.

У *комунальній власності* є майно, у тому числі грошові кошти, яке належить територіальній громаді. Управління майном, що є у комунальній власності, здійснюють безпосередньо територіальна громада та утворені нею органи місцевого самоврядування. Комунальна власність сьогодні є окремою формою власності, її не слід розглядати як різновид державної власності. Суб'єктом права комунальної власності є безпосередньо територіальна громада, що здійснює свої повноваження безпосередньо або опосередковано через утворені нею органи місцевого самоврядування.

Право власності набувається на підставах, що не заборонені законом, зокрема із правочинів. Право власності вважається набутим правомірно, якщо інше прямо не випливає із закону або незаконність набуття права власності не встановлена судом.

Юридична особа публічного права набуває право власності на майно, передане їй у власність, та на майно, набуте нею у власність на підставах, не забороненій законом.

Якщо майно відчужене особою, яка не мала на це права, добросовісний набувач набуває право власності на нього, якщо відповідно до ст. 388 ЦК України майно не може бути витребуване у нього.

Право власності на нову річ, яка виготовлена (створена) особою, набувається нею, якщо інше не встановлено договором або законом. Особа, яка виготовила (створила) річ зі своїх матеріалів на підставі договору, є власником цієї речі.

Право власності на новостворене нерухоме майно (житлові будинки, будівспоруди тощо) виникає з моменту завершення будівництва (створення майні Якщо договором або законом передбачено прийняття нерухомого майна до експлуатації, право власності виникає з моменту його прийняття до експлуатації. Якщо право власності на нерухоме майно відповідно до закону підлягає державній реєстрації, право власності виникає з моменту державної реєстрації.

До завершення будівництва (створення майна) особа вважається власником матеріалів, обладнання тощо, які були використані в процесі цього будівництва (створення майна).

Особа, яка самочинно переробила (переробкою є використання однієї речі (матеріалу), в результаті чого створюється нова річ) чужу річ, не набуває право власності на нову річ і зобов'язана відшкодувати власникові матеріалу його вартість. Право власності на рухому річ, створену особою шляхом переробки з матеріалу, що їй не належить, набувається власником матеріалу за його бажанням, якщо інше не встановлено договором або законом. Якщо вартість переробки і створеної нової речі істотно перевищує вартість матеріалу, право власності на нову річ набуває за її бажанням особа, яка здійснила таку переробку. У цьому разі особа, яка здійснила переробку, зобов'язана відшкодувати власникові матеріальну та моральну шкоду. Власник матеріалу, який набув право власності на виготовлену з нього річ, зобов'язаний відшкодувати вартість переробки особі, яка її здійснила. якщо інше не встановлено договором.

Право власності у набувача майна за договором виникає з моменту передання майна, якщо інше не встановлено договором або законом. Переданням майні вважається вручення його набувачеві або перевізникові, організації зв'язку тощо для відправлення, пересилання набувачеві майна, відчуженого без зобов'язанню доставки. До передання майна прирівнюється вручення коносамента або іншого товарно-розпорядчого документа на майно. Право власності на майно за догово-

ром, який підлягає нотаріальному посвідченню, виникає у набувача з моменту такого посвідчення або з моменту набрання законної сили рішенням суду про визнання договору, не посвідченого нотаріально, дійсним. Якщо договір про відчуження майна підлягає державній реєстрації, право власності у набувача виникає з моменту такої реєстрації.

Безхазяйні нерухомі речі (безхазяйною є річ, яка не має власника або власник якої невідомий) беруться на облік органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно, за заявою органу місцевого самоврядування, на території якого вони розміщені. Про взяття безхазяйної нерухомої речі на облік робиться оголошення у друкованих засобах масової інформації. Після спливу одного року з дня взяття на облік безхазяйної нерухомої речі вона за заявою органу, уповноваженого управляти майном відповідної територіальної громади, може бути передана за рішенням суду у комунальну власність. Безхазяйні рухомі речі можуть набуватися у власність за набувальною давністю, крім випадків, встановлених статтями 336, 338, 341 і 343 ЦК України.

Особа, яка добросовісно заволоділа чужим майном і продовжує відкрито, безперервно володіти нерухомим майном протягом десяти років або рухомим майном — протягом п'яти років, набуває право власності на це майно (набувальна давність), якщо інше не встановлено ЦК України. Набуття права власності на земельну ділянку за набувальною давністю регулюється законом. Право власності на нерухоме майно, що підлягає державній реєстрації, виникає за набувальною давністю з моменту державної реєстрації.

Особа, яка заявляє про давність володіння, може приєднати до часу свого володіння увесь час, протягом якого цим майном володіла особа, чиїм спадкоємцем (правонаступником) вона є. Якщо особа заволоділа майном на підставі договору : його власником, який після закінчення строку договору не пред'явив вимоги про його повернення, вона набуває право власності за набувальною давністю на нерухоме майно через п'ятнадцять, а на рухоме майно — через п'ять років з часу спливу позовної давності.

Втрата не з своєї волі майна його володільцем не перериває набувальної давності у разі повернення майна протягом одного року або пред'явлення протягом нього строку позову про його витребування. Право власності за набувальною давністю на нерухоме майно, транспортні засоби, цінні папери набувається за рішенням суду.

Фізична або юридична особа може набути право власності у разі приватизації державного майна та майна, що є в комунальній власності. Приватизація ійснюється у порядку, встановленому законом.

Різновидом права власності безвідносно до форм власності є право спільної власності (ст. 355 ЦК України).

Майно, що є у власності двох або більше осіб (співвласників), належить їм на праві спільної власності (спільне майно).

Спільна власність — це різновид права власності, ускладнений множинністю суб'єктів. Право спільної власності є правовою формою об'єднання майна фізич-**мкх,** юридичних осіб, держави і територіальних громад. Отже, правовідносини в иьому випадку виникають не тільки між власниками та третіми особами, а й між співвласниками.

Видами права спільної власності є:

— спільна часткова власність;

— спільна сумісна власність.

Спільна часткова власність — це власність двох або більше осіб із визначенням часток кожного з них у праві власності (ст. 356 ЦК України). Суб'єктами права

спільної часткової власності можуть бути фізичні особи, юридичні особи, держава, територіальні громади. Кожному учаснику у праві спільної часткової власності належить частка у праві власності на спільну річ.

Законом встановлена презумпція спільної часткової власності. Спільна власність вважається частковою, якщо договором або законом не встановлена спільна сумісна власність на майно.

Частки у праві спільної часткової власності вважаються рівними, якщо інше не встановлено за домовленістю співвласників або законом. Якщо розмір часток у праві спільної часткової власності не встановлений за домовленістю співвласників або законом, він визначається з урахуванням вкладу кожного з співвласників у придбання (виготовлення, спорудження) майна.

Право спільної часткової власності здійснюється співвласниками за їхньою згодою. Співвласники можуть домовитися про порядок володіння та користування майном, що є їхньою спільною частковою власністю.

Співвласник має право на відповідне збільшення своєї частки у праві спільно: часткової власності, якщо поліпшення спільного майна, які не можна відокрем ти, зроблені ним своїм коштом за згодою всіх співвласників, з додержанням встановленого порядку використання спільного майна.

Співвласник житлового будинку, іншої будівлі, споруди може зробити у встановленому законом порядку за свій рахунок добудову (прибудову) без зголи інших співвласників, якщо це не порушує їхніх прав. Така добудова (прибудова і є власністю співвласника, який її зробив, і не змінює розміру часток співвласників у праві спільної часткової власності. Поліпшення спільного майна, **які** можна відокремити, є власністю того з співвласників, який їх зробив, якщо інше не встановлено домовленістю співвласників.

Кожен із співвласників має право на надання йому у володіння та користування тієї частини спільного майна в натурі, яка відповідає його частці у прав: спільної часткової власності. У разі неможливості цього він має право вимагати від інших співвласників, які володіють і користуються спільним майном, відповідної матеріальної компенсації.

Якщо договір між співвласниками про порядок володіння та користування спільним майном відповідно до їхніх часток у праві спільної часткової власності посвідчений нотаріально, він є обов'язковим і для особи, яка придбає згодом частку в праві спільної часткової власності на це майно.

Плоди, продукція та доходи від використання майна, що є у спільній частковій власності, надходять до складу спільного майна і розподіляються між співвласниками відповідно до їхніх часток у праві спільної часткової власності, якщо інше не встановлено домовленістю між ними.

Співвласник відповідно до своєї частки у праві спільної часткової власності зобов'язаний брати участь у витратах на управління, утримання та збереження спільного майна, у сплаті податків, зборів (обов'язкових платежів), а також нести відповідальність перед третіми особами за зобов'язаннями, пов'язаними із спільним майном.

Співвласник має право самостійно розпорядитися своєю часткою у праві спільної часткової власності.

Співвласник має право на виділ у натурі частки із майна, що є у спільній частковій власності. Якщо виділ у натурі частки із спільного майна не допускається згідно із законом або є неможливим (ч. 2 ст. 183 ЦК України), співвласник, який бажає виділу, має право на одержання від інших співвласників грошової або іншо: матеріальної компенсації вартості його частки. Компенсація співвласникові мо-

же бути надана лише за його згодою. Договір про виділ у натурі частки з нерухомого спільного майна укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню.

Право особи на частку у спільному майні може бути припинене за рішенням суду на підставі позову інших співвласників, якщо:

1) частка є незначною і не може бути виділена в натурі;

2) річ є неподільною;

3) спільне володіння і користування майном є неможливим;

4) таке припинення не завдасть істотної шкоди інтересам співвласника та членам його сім'ї.

Суд постановляє рішення про припинення права особи на частку у спільному майні за умови попереднього внесення позивачем вартості цієї частки на депозитний рахунок суду.

Кредитор співвласника майна, що є у спільній частковій власності, у разі недостатності у нього іншого майна, на яке може бути звернене стягнення, може пред'явити позов про виділ частки із спільного майна в натурі для звернення стягнення на неї. Якщо виділ в натурі частки із спільного майна має наслідком зміну його призначення або проти цього заперечують інші співвласники, спір вирішується судом.

У разі неможливості виділу в натурі частки із спільного майна або заперечення інших співвласників проти такого виділу кредитор має право вимагати продажу боржником своєї частки у праві спільної часткової власності з направленням суми виторгу на погашення боргу.

У разі відмови боржника від продажу своєї частки у праві спільної часткової власності або відмови інших співвласників від придбання частки боржника кредитор має право вимагати продажу цієї частки з публічних торгів або переведення на нього прав та обов'язків співвласника-боржника, з проведенням відповідного перерахунку.

Майно, що є у спільній частковій власності, може бути поділене в натурі між співвласниками за домовленістю між ними. У разі поділу спільного майна між співвласниками право спільної часткової власності на нього припиняється. Договір про поділ нерухомого майна, що є у спільній частковій власності, укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню.

5.11. Переважне право купівлі частки у праві спільної часткової власності. Наслідки порушення переважного права купівлі частки у спільній власності. Строки позовної давності звернення до суду. Вимоги, які співвласник право якого порушено, може висунути до суду.

Право спільної сумісної власності. Виділ та поділ майна, що є у спільній сумісній власності. Підстави призначення експертизи для визначення варіантів виділу (поділу).

Встановлення порядку користування квартирою, житловим будинком. Умови припинення права на частку у спільному майні.

У разі продажу частки у праві спільної часткової власності співвласник має **переважне право перед іншими особами** на її купівлю за ціною, оголошеною для продажу, та на інших рівних умовах, крім випадку продажу з публічних торгів.

Продавець частки у праві спільної часткової власності зобов'язаний письмово повідомити інших співвласників про намір продати свою частку, вказавши ціну та інші умови, на яких він її продає.
Якщо інші співвласники відмовилися від здійснення переважного права купівлі чи не здійснять цього права щодо нерухомого майна протягом одного місяця, а щодо рухомого майна — протягом десяти днів від дня отримання ними повідомлення, продавець має право продати свою частку іншій особі.
Якщо бажання придбати частку у праві спільної часткової власності виявили кілька співвласників, продавець має право вибору покупця.

У разі продажу частки у праві спільної часткової власності з порушенням переважного права купівлі співвласник може пред'явити до суду позов про переведення на нього прав та обов'язків покупця. Одночасно позивач зобов'язаний внести на депозитний рахунок суду грошову суму, яку за договором повинен сплатити покупець.
До таких вимог застосовується позовна давність в один рік.
Передача співвласником свого переважного права купівлі частки у праві спільної часткової власності іншій особі не допускається.

Спільна сумісна власність — це власність двох або більше осіб без визначення части кожного з них у праві власності (ст. 368 ЦК України).
Суб'єктами права спільної часткової власності можуть бути фізичні особи, юридичні особи, держава, територіальні громади, якщо інше не встановлено законом.
Майно, набуте подружжям за час шлюбу, є їхньою спільною сумісною власністю, якщо інше не встановлено договором або законом.
Майно, набуте в результаті спільної праці та за спільні грошові кошти членів сім'ї, є їхньою спільною сумісною власністю, якщо інше не встановлено договором, укладеним у письмовій формі.
Співвласники майна, що є у спільній сумісній власності, володіють і користуються ним спільно, якщо інше не встановлено домовленістю між ними.
Розпорядження майном, що є у спільній сумісній власності, здійснюється за згодою всіх співвласників. У разі вчинення одним із співвласників правочину щодо розпорядження спільним майном вважається, що він вчинений за згодою всіх співвласників.
Згода співвласників на вчинення правочину щодо розпорядження спільним майном, який підлягає нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, має бути висловлена письмово і нотаріально посвідчена.
Співвласники мають право уповноважити одного з них на вчинення право-чинів щодо розпорядження спільним майном. Правочин щодо розпорядження спільним майном, вчинений одним із співвласників, може бути визнаний судом недійсним за позовом іншого співвласника у разі відсутності у співвласника, який вчинив правочин, необхідних повноважень.
Співвласники мають право на виділ у натурі частки із майна, що є у спільній сумісній власності. У разі виділу частки із майна, що є у спільній сумісній власності, вважається, що частки кожного із співвласників у праві спільної сумісної власності є рівними, якщо інше не встановлено домовленістю між ними, законом або рішенням суду.
Виділ частки із майна, що є у спільній сумісній власності, здійснюється у порядку, встановленому ст. 364 ЦК України.
Кредитор співвласника майна, що є у спільній сумісній власності, у разі недостатності у нього іншого майна, на яке може бути звернене стягнення, може пред'явити позов про виділ частки із спільного майна в натурі для звернення

стягнення на неї. Виділ частки із майна, що є у спільній сумісній власності, для звернення стягнення на неї здійснюється у порядку, встановленому ст. 366 ЦК України.

Майно, що є у спільній сумісній власності, може бути поділене між співвласниками за домовленістю між ними. Уразі поділу майна, що є у спільній сумісній власності, вважається, що частки співвласників у праві спільної сумісної власності є рівними, якщо інше не встановлено домовленістю між ними або законом. За рішенням суду частка співвласника може бути збільшена або зменшена з урахуванням обставин, які мають істотне значення.

У разі поділу майна між співвласниками право спільної сумісної власності на нього припиняється. Договір про поділ нерухомого майна, що є у спільній сумісній власності, укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню.

5.12. Право на особисте сільське господарство. Вирішення спорів щодо ведення особистого сільського господарства. Право на створення фермерського господарства. Члени фермерського господарства. Права й обов'язки. Вирішення спорів щодо ведення фермерського господарства.

Відповідно Закону України «Про особисте селянське господарство» від 15 травня 2003 р., особисте селянське господарство — це господарська діяльність, яка проводиться без створення юридичної особи фізичною особою індивідуально або особами, які перебувають у сімейних чи родинних відносинах і спільно проживають, з метою задоволення особистих потреб шляхом виробництва, переробки і споживання сільськогосподарської продукції, реалізації її надлишків та надання послуг з використанням майна особистого селянського господарства, у тому числі й у сфері сільського зеленого туризму.

Члени особистого селянського господарства здійснюють діяльність на свій розсуд і ризик у межах встановленого правового господарського порядку, дотримуючись вимог Закону, законів України, інших нормативно-правових актів.

Діяльність, пов'язана з веденням особистого селянського господарства, не належить до підприємницької діяльності.

Члени особистого селянського господарства мають право:

1) самостійно господарювати на землі;

2) укладати особисто або через уповноважену особу будь-які угоди, що не суперечать законодавству. Уповноваженою особою може бути дієздатний член особистого селянського господарства, який досяг 18 років;

3) реалізовувати надлишки виробленої продукції на ринках, а також заготівельним, переробним підприємствам та організаціям, іншим юридичним і фізичним особам;

4) самостійно здійснювати матеріально-технічне забезпечення власного виробництва;

5) відкривати рахунки в установах банків та отримувати кредити в установленому законодавством порядку;

6) бути членами кредитної спілки та користуватися її послугами;

7) отримувати в установленому законом порядку трудову пенсію, а також інші шиий соціальної державної допомоги та субсидії;

8) надавати послуги з використанням майна особистого селянського господарства;

9) використовувати в установленому порядку для власних потреб наявні на земельній ділянці загальнопоширені корисні копалини, торф, лісові насадження, водні об'єкти, а також інші корисні властивості землі відповідно до закону;

10) на відшкодування збитків у випадках, передбачених законом;

11) вільно розпоряджатися належним майном, виробленою сільськогосподарською продукцією та продуктами її переробки;

12) отримувати дорадчі послуги;

13) брати участь у конкурсах сільськогосподарських виробників для отримання бюджетної підтримки відповідно до загальнодержавних і регіональних програм;

14) об'єднуватися на добровільних засадах у виробничі товариства, асоціації, спілки з метою координації своєї діяльності, надання взаємодопомоги та захисту спільних інтересів тощо відповідно до законодавства України;

15) проводити в установленому законом порядку зовнішньоекономічну діяльність.

Члени особистого селянського господарства зобов'язані:

1) дотримуватися вимог земельного законодавства та законодавства про охорону довкілля;

2) забезпечувати використання земельної ділянки за цільовим призначенням:

3) підвищувати родючість ґрунтів та зберігати інші корисні властивості землі;

4) не порушувати права власників суміжних земельних ділянок та землекористувачів;

5) дотримуватися правил добросусідства та обмежень, пов'язаних із встановленням земельних сервітутів та охоронних зон;

6) своєчасно сплачувати земельний податок або орендну плату;

7) дотримуватися діючих нормативів щодо якості продукції, санітарних, екологічних та інших вимог відповідно до законодавства;

8) надавати сільським, селищним, міським радам необхідні дані щодо їх обліку.

Законом можуть бути встановлені також інші права та обов'язки членів особистого селянського господарства. Спори щодо ведення особистого селянського господарства можуть вирішуватися органами місцевого самоврядування та органами виконавчої влади в межах повноважень, визначених законом або судом.

Згідно із Законом України «Про фермерське господарство» від 19 червня 2003 р., фермерське господарство є формою підприємницької діяльності громадян із створенням юридичної особи, які виявили бажання виробляти товарну сільськогосподарську продукцію, займатися її переробкою та реалізацією з метою отримання прибутку на земельних ділянках, наданих їм для ведення фермерського господарства, відповідно до закону. Фермерське господарство може бути створене одним громадянином України або кількома громадянами України, які є родичами або членами сім'ї, відповідно до закону.

Фермерське господарство має своє найменування, печатку і штамп. Фермерське господарство діє на основі Статуту. У Статуті зазначаються найменування господарства, його місцезнаходження, адреса, предмет і мета діяльності, порядок формування майна (складеного капіталу), органи управління, порядок прийняття ними рішень, порядок вступу до господарства та виходу з нього та інші положення, що не суперечать законодавству України.

Членами фермерського господарства можуть бути подружжя, їх батьки, діти. які досягли 14-річного віку, інші члени сім'ї, родичі, які об'єдналися для спільного ведення фермерського господарства, визнають і дотримуються положень

Гатуту фермерського господарства. Членами фермерського господарства не можуть бути особи, які працюють у ньому за трудовим договором (контрактом). При створенні фермерського господарства одним із членів сім'ї інші члени сім'ї, а також родичі можуть стати членами цього фермерського господарства після внення змін до його Статуту.

Головою фермерського господарства є його засновник або інша визначена в Статуті особа. Голова фермерського господарства представляє фермерське господарство перед органами державної влади, підприємствами, установами, організаціями та окремими громадянами чи їх об'єднаннями відповідно до закону. Голова фермерського господарства укладає від імені господарства угоди та вчиняє інші юридично значимі дії відповідно до законодавства України. Голова фер-::>ського господарства може письмово доручати виконання своїх обов'язків одному з членів господарства або особі, яка працює за контрактом.

Право на створення фермерського господарства має кожний дієздатний громадянин України, який досяг 18-річного віку, виявив бажання та пройшов професійний відбір на право створення фермерського господарства.

Громадяни, що створили фермерське господарство, мають право облаштувати постійне місце проживання в тій частині наданої для ведення фермерського гос-I: іарства земельної ділянки, з якої забезпечується зручний доступ до всіх виробичих об'єктів господарства. Якщо постійне місце проживання членів фермерського господарства знаходиться за межами населених пунктів, то вони мають право на створення відокремленої фермерської садиби, якій надається поштова адреса.

Для облаштування відокремленої садиби фермерському господарству надається за рахунок бюджету допомога на будівництво під'їзних шляхів до фермерського господарства, електро- і радіотелефонних мереж, газо- і водопостачальних систем.

Переселенцям, які створюють фермерське господарство в трудонедостатніх населених пунктах, перелік яких визначається Кабінетом Міністрів України, надається одноразова грошова допомога за рахунок державного бюджету у розмірі, шо встановлюється Кабінетом Міністрів України.

Професійний відбір громадян, які виявили бажання створити фермерське господарство, проводить районна (міська) професійна комісія з питань створення фермерських господарств, склад якої формується і затверджується районною (міською) радою.

Положення про порядок проведення професійного відбору з питань створенню фермерських господарств затверджується спеціально уповноваженими центральними органами виконавчої влади з питань аграрної політики і з питань праці та соціальної політики за погодженням з Асоціацією фермерів та приватних землевласників України.

Висновок професійної комісії з питань створення фермерських господарств про наявність у громадянина достатнього досвіду роботи у сільському господарстві або необхідної сільськогосподарської кваліфікації є умовою для державної реєстрації фермерського господарства і надання (передачі) громадянину у власність або оренду земельних ділянок для ведення фермерського господарства земель державної і комунальної власності відповідно до Земельного кодексу України.

У разі відмови органів державної влади та органів місцевого самоврядування у наданні земельної ділянки для ведення фермерського господарства питання вирішується судом. Рішення суду про задоволення позову є підставою для відве-

дення земельної ділянки в натурі (на місцевості), видачі документа, що посвідчує право власності або укладання договору оренди. Відведення земельної ділянки в натурі (на місцевості) проводиться після збирання врожаю на цій ділянці попереднім землекористувачем.

Фермерське господарство та його члени відповідно до закону мають право:

а) продавати або іншим способом відчужувати земельну ділянку, передавати її в оренду, заставу, спадщину;

б) самостійно господарювати на землі;

в) власності на посіви і насадження сільськогосподарських та інших культур, на вироблену сільськогосподарську продукцію;

г) на відшкодування збитків;

ґ) споруджувати житлові будинки, господарські будівлі та споруди;

д) реалізовувати вироблену сільськогосподарську продукцію на вітчизняних ринках і поставляти на експорт;

є) інші права.

Порушені права власників земельних ділянок підлягають поновленню в порядку, встановленому законом.

Фермерські господарства, у власності яких є земельні ділянки, надані їм для ведення фермерського господарства відповідно до закону, зобов'язані:

а) забезпечувати використання земельних ділянок за їх цільовим призначен ням;

б) додержуватися вимог законодавства про охорону довкілля;

в) сплачувати податки та збори;

г) не порушувати прав власників суміжних земельних ділянок та землекорис тувачів;

ґ) не допускати зниження родючості ґрунтів та зберігати інші корисні властивості землі;

д) надавати відповідним органам виконавчої влади та органам місцевого само врядування дані про стан і використання земель та інших природних ресурсів;

є) дотримуватися санітарних, екологічних та інших вимог щодо якості продукції;

є) дотримуватися правил добросусідства та встановлених обмежень у використанні земель і земельних сервітутів;

ж) зберігати геодезичні знаки, протиерозійні споруди, мережі зрошувальних і осушувальних систем.

Законом можуть бути встановлені інші обов'язки власників земельних ділянок.

Фермерське господарство несе відповідальність за своїми зобов'язаннями у межах майна, яке є власністю фермерського господарства. Звернення стягнення на земельні ділянки, надані у власність для ведення фермерського господарства, допускається у випадках, коли у фермерського господарства відсутнє інше майно, на яке може бути звернено стягнення. За порушення кредитно-розрахункової І податкової дисципліни, санітарних і ветеринарних норм, правил, вимог щодо якості продукції та інших нормативно-правових актів, що регулюють здійснення господарської діяльності, голова фермерського господарства несе відповідальність, передбачену законом.

Незаконне втручання в господарську діяльність фермерського господарства органів державної влади або органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб забороняється. Збитки, заподіяні фермерському господарству неправомірним втручанням в його діяльність, підлягають відшкодуванню відповідно до закону.

Спори про відшкодування збитків вирішуються судом.

5.13. Право власника на витребування майна від добросовісного набувача. Захист права власника у суді. Виникнення права на володіння або користування чужим майном. Встановлення та припинення сервітуту. Поняття користування чужим майном. Право членів сімї власника житла на користування цим житлом. Припинення права користування.

Відповідно до ст. 387 ЦК України, власник має право витребувати своє майно ви особи, яка незаконно, без відповідної правової підстави заволоділа ним.

Якщо майно за відплатним договором придбане в особи, яка не мала права його відчужувати, про що набувач не знав і не міг знати (добросовісний набувач), власник має право витребувати це майно від набувача лише у разі, якщо майно:

1) було загублене власником або особою, якій він передав майно у володіння;

2) було викрадене у власника або особи, якій він передав майно у володіння;

3) вибуло з володіння власника або особи, якій він передав майно у володіння, не з їхньої волі іншим шляхом.

Майно не може бути витребувано від добросовісного набувача, якщо воно було продане у порядку, встановленому для виконання судових рішень.

Якщо майно було набуте безвідплатно в особи, яка не мала права його відчужувати, власник має право витребувати його від добросовісного набувача у всіх іішадках.

Гроші, а також цінні папери на пред'явника не можуть бути витребувані від добросовісного набувача.

Власник майна має право вимагати від особи, яка знала або могла знати, що юна володіє майном незаконно (недобросовісного набувача), передання усіх доводів від майна, які вона одержала або могла одержати за весь час володіння ним. Власник майна має право вимагати від добросовісного набувача передання юходів від майна, які він одержав або міг одержати з моменту, коли дізнався чи міг дізнатися про незаконність володіння ним, або з моменту, коли йому було вручено повістку до суду у справі за позовом власника про витребування майна.

Добросовісний або недобросовісний набувач (володілець) має право вимагати від власника майна відшкодування необхідних витрат на утримання, збереження майна, здійснених ним з часу, з якого власникові належить право на повернення майна або передання доходів.

Добросовісний набувач (володілець) має право залишити собі здійснені ним поліпшення майна, якщо вони можуть бути відокремлені від майна без завдання йому шкоди. Якщо поліпшення не можуть бути відокремлені від майна, добросовісний набувач (володілець) має право на відшкодування здійснених витрат у сумі, на яку збільшилася його вартість.

Власник майна має право вимагати усунення перешкод у здійсненні ним права користування та розпоряджання своїм майном.

Власник майна може пред'явити позов про визнання його права власності, якщо це право оспорюється або не визнається іншою особою, а також у разі втрата ним документа, який засвідчує його право власності.

Правовий акт органу державної влади, органу влади АРК або органу місцевого самоврядування, який не відповідає законові і порушує права власника, за позовом власника майна визнається судом незаконним та скасовується. Власник майна, права якого порушені внаслідок видання правового акта органом держав-

ної влади, органом влади АРК або органом місцевого самоврядування, має праве вимагати відновлення того становища, яке існувало до видання цього акта. У разі неможливості відновлення попереднього становища власник має право на відшкодування майнової та моральної шкоди.

Власник земельної ділянки, житлового будинку, інших будівель має право на компенсацію у зв'язку із зниженням цінності цих об'єктів у результаті діяльност: що призвела до зниження рівня екологічної, шумової захищеності території, погіршення природних властивостей землі.

Стаття 395 ЦК України передбачає такі **види речових прав на чуже майно:**

1) право володіння;

2) право користування (сервітут);

3) право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис);

4) право забудови земельної ділянки (суперфіцій).

Законом можуть бути встановлені інші речові права на чуже майно. **Право володіння** виникає на підставі договору з власником або особою, якій майно було передане власником, а також на інших підставах, встановлених законом. Право володіння припиняється у разі:

1) відмови володільця від володіння майном;

2) витребування майна від володільця власником майна або іншою особою;

3) знищення майна.

Право володіння припиняється також в інших випадках, встановлених законом.

Право користування чужим майном (сервітут) може бути встановлене щодо земельної ділянки, інших природних ресурсів (земельний сервітут) або іншого нерухомого майна для задоволення потреб інших осіб, які не можуть бути задоволені іншим способом.

Сервітут може належати власникові (володільцеві) сусідньої земельної ділянки, а також іншій, конкретно визначеній особі (особистий сервітут).

Сервітут може бути встановлений договором, законом, заповітом або рішенням суду. Земельний сервітут може бути встановлений договором між особою, яка вимагає його встановлення, та власником (володільцем) земельної ділянки.

Договір про встановлення земельного сервітуту підлягає державній реєстрації в порядку, встановленому для державної реєстрації прав на нерухоме майно.

У разі недосягнення домовленості про встановлення сервітуту та про його умови спір вирішується судом за позовом особи, яка вимагає встановлення сервітуту.

Сервітут визначає обсяг прав щодо користування особою чужим майном. Сервітут може бути встановлений на певний строк або без визначення строку. Особа, яка користується сервітутом, зобов'язана вносити плату за користування майном, якщо інше не встановлено договором, законом, заповітом або рішенням суду. Сервітут не підлягає відчуженню. Сервітут не позбавляє власника майна, щодо якого він встановлений, права володіння, користування та розпорядження цим майном. Сервітут зберігає чинність у разі переходу до інших осіб права власності на майно, щодо якого він встановлений. Збитки, завдані власникові (володільцеві) земельної ділянки або іншого нерухомого майна, особою, яка користується сервітутом, підлягають відшкодуванню на загальних підставах.

Члени сім'ї власника житла, які проживають разом з ним, мають право на користування цим житлом відповідно до закону. Житлове приміщення, яке вони мають право займати, визначається його власником. Член сім'ї власника житла

зтрачає право на користування цим житлом у разі відсутності члена сім'ї без поважних причин понад один рік, якщо інше не встановлено домовленістю між ним і власником житла або законом.

5.14. Загальні підстави відповідальності за завдану майнову шкоду. Розмір відшкодування. Відшкодування шкоди, завданої внаслідок непереборної сили або у стані крайньої необхідності.
Підстави відповідальності за завдану моральну шкоду. Відшкодування шкоди незалежно від вини особи, яка завдала моральної шкоди.

Майнова шкода, завдана неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкода, завдана майну фізичної або юридичної особи, відшкодовується в повному обсязі особою, яка її завдала. Особа, яка завдала шкоди, звільняється від її відшкодування, якщо вона доведе, що шкоди завдано не з її вини. Шкода, завдана каліцтвом, шшим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи внаслідок непереборної сили, відшкодовується у випадках, встановлених законом. Шкода, завдана правомірними діями, відшкодовується у випадках, встановлених ЦК України та іншим законом.

Моральна шкода, завдана фізичній або юридичній особі неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю, відшкодовується особою, яка її завдала, за наявності її вини. Проте моральна шкода відшкодовується незалежно від вини органа державної влади, органу влади АРК, органу місцевого самоврядування, фізичної або юридичної особи, яка її завдала:

1) якщо шкоди завдано каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи внаслідок дії джерела підвищеної небезпеки;

2) якщо шкоди завдано фізичній особі внаслідок її незаконного засудження, Незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування як запобіжного заходу тримання під вартою або підписки про невиїзд, незаконного затримання, незаконного накладення адміністративного стягнення вигляді арешту або виправних робіт;

3) в інших випадках, встановлених законом.

Моральна шкода, завдана каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, може бувідшкодована одноразово або шляхом здійснення щомісячних платежів. Моральна шкода, завдана смертю фізичної особи, відшкодовується її чоловікові дружині, батькам (усиновлювачам), дітям (усиновленим), а також особам, які проживали з нею однією сім'єю.

Шкода, завдана особі у зв'язку із вчиненням дій, спрямованих на усунення небезпеки, що загрожувала цивільним правам чи інтересам іншої фізичної або юридичної особи, якщо цю небезпеку за даних умов не можна було усунути іншими особами (крайня необхідність), відшкодовується особою, яка її завдала. Особа, яка відшкодувала шкоду, має право пред'явити зворотну вимогу до особи, в інтересах якої вона діяла.

Враховуючи обставини, за яких було завдано шкоди у стані крайньої необхідності, суд може покласти обов'язок її відшкодування на особу, в інтересах якої діяла особа, яка завдала шкоди, або зобов'язати кожного з них відшкодувати шкоду в певній частці або звільнити їх від відшкодування шкоди частково або в повному обсязі.

Шкода, завдана особою при здійсненні нею права на самозахист від протиправних посягань, у тому числі у стані необхідної оборони, якщо при цьомі були перевищені її межі, не відшкодовується.

Якщо у разі здійснення особою права на самозахист вона завдала шкоди і особі, ця шкода має бути відшкодована особою, яка її завдала. Якщо такої шк завдано способами самозахисту, які не заборонені законом та не супереч моральним засадам суспільства, вона відшкодовується особою, яка вчинила п типравну дію.

5.15. Особливості відшкодування юридичною або фізичною особою шкоди, завданої їхнім працівником. Підстави відшкодування шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я чи смертю особи під час виконання договірних зобов'язань (договір перевезення тощо). Підготовка адвокатом справи до розгляду. Відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду. Підстави та порядок відшкодування. Підготовка адвокатом справи до розгляду.

Юридична або фізична особа відшкодовує **шкоду, завдану їхнім працівником час виконання ним своїх трудових (службових) обов'язків.** Замовник відшкодовує шкоду, завдану іншій особі підрядником, якщо він діяв за завданням замовника.

Підприємницькі товариства, кооперативи відшкодовують шкоду, завдану їхнім учасником (членом) під час здійснення ним підприємницької або іншої діяльності від імені товариства чи кооперативу.

Фізична або юридична особа, яка завдала шкоди каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я фізичній особі, зобов'язана відшкодувати потерпілому заробіток (дохід), втрачений ним внаслідок втрати чи зменшення професійної або загальної працездатності, а також відшкодувати додаткові витрати, викликані і обхідністю посиленого харчування, санаторно-курортного лікування, придбання ліків, протезування, стороннього догляду тощо.

У разі каліцтва або іншого ушкодження здоров'я фізичної особи, яка в момент завдання шкоди не працювала, розмір відшкодування визначається ВИХОДЯЧИ з розміру мінімальної заробітної плати.

Шкода, завдана фізичній особі каліцтвом або іншим ушкодженням здоров я відшкодовується без урахування пенсії, призначеної у зв'язку з втратою здоров"я або пенсії, яку вона одержувала до цього, а також інших доходів.

Договором або законом може бути збільшений обсяг і розмір відшкодування шкоди, завданої потерпілому каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я.

Шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи **під час виконання нею договірних зобов'язань** (договір перевезення тошо підлягає відшкодуванню на підставах, встановлених статтями 1166 та 1187 ЦК України.

Моральна шкода, завдана фізичній або юридичній особі неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю, відшкодовується особою, яка її завдала, наявності її вини. Моральна шкода відшкодовується незалежно від вини органів державної влади, органу влади АРК, органу місцевого самоврядування, фізичної або юридичної особи, яка її завдала:

1) якщо шкоди завдано каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи внаслідок дії джерела підвищеної небезпеки;

2) якщо шкоди завдано фізичній особі внаслідок її незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування як запобіжного заходу тримання під вартою або підписки про невиїзд, незаконного затримання, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту або виправних робіт;

3) в інших випадках, встановлених законом.

Шкода, завдана фізичній особі внаслідок її незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування як запобіжного заходу тримання під вартою або підписки про невиїзд, незаконного затримання, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт, відшкодовується державою у повному обсязі незалежно від вини посадових і службових осіб **органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду.**

Право на відшкодування шкоди, завданої фізичній особі незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури або суду, виникає у випадках, передбачених законом. Якщо кримінальну справу закрито на підставі закону про амністію або акта про помилування, право на відшкодування шкоди не виникає.

Фізична особа, яка у процесі дізнання, попереднього (досудового) слідства або судового розгляду шляхом самообмови перешкоджала з'ясуванню істини і цим сприяла незаконному засудженню, незаконному притягненню до кримінальної відповідальності, незаконному застосуванню як запобіжного заходу тримання під вартою або підписки про невиїзд, незаконному затриманню, незаконному накладенню адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт, не має права на відшкодування шкоди.

Шкода, завдана фізичній або юридичній особі внаслідок постановлення судом незаконного рішення в цивільній справі, відшкодовується державою в повному обсязі в разі встановлення в діях судді (суддів), які вплинули на постановлення незаконного рішення, складу злочину за обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили.

Шкода, завдана фізичній або юридичній особі внаслідок іншої незаконної дії або бездіяльності чи незаконного рішення органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду, відшкодовується на загальних підставах.

Порядок відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду, встановлюється законом.

5.16. Особливості відшкодування шкоди, завданої малолітньою або неповнолітньою особою. Відшкодування шкоди, завданої кількома малолітніми або неповнолітніми особами. Підготовка справи до розгляду.

Відшкодування шкоди, завданої фізичною особою, яка не усвідомлювала значення своїх дій або не могла керувати ними. Наслідки вживання наркотичних засобів, токсичних речовин, спиртних напоїв тощо. Підготовка адвокатом справи до розгляду.

Шкода, завдана малолітньою особою (яка не досягла чотирнадцяти років), відшкодовується її батьками (усиновлювачами) або опікуном чи іншою фізичною

особою, яка на правових підставах здійснює виховання малолітньої особи, — якщо вони не доведуть, що шкода не є наслідком несумлінного здійснення або ухилення ними від здійснення виховання та нагляду за малолітньою особою.

Якщо малолітня особа завдала шкоди під час перебування під наглядом **навчального** закладу, закладу охорони здоров'я чи іншого закладу, що зобов'язаний здійснювати нагляд за нею, а також під наглядом особи, яка здійснює нагляд за малолітньою особою на підставі договору, ці заклади та особа зобов'язані відшкодувати шкоду, якщо вони не доведуть, що шкоди було завдано не з їхньої вини.

Якщо малолітня особа перебувала в закладі, який за законом здійснює щодо неї функції опікуна, цей заклад зобов'язаний відшкодувати шкоду, завдану нею. якщо не доведе, що шкоди було завдано не з його вини.

Якщо малолітня особа завдала шкоди як з вини батьків (усиновлювачів) **або** опікуна, так і з вини закладів або особи, що зобов'язані здійснювати нагляд за нею, батьки (усиновлювачі), опікун, такі заклади та особа зобов'язані відшкол вати шкоду у частці, яка визначена за домовленістю між ними або за рішенням суду.

Обов'язок осіб, визначених ч. 1 ст. 1178 ЦК України, відшкодувати шкоду, завдану малолітньою особою, не припиняється у разі досягнення нею повноліття. Після досягнення повноліття особа може бути зобов'язана судом частково або 5 повному обсязі відшкодувати шкоду, завдану нею у віці до чотирнадцяти років життю або здоров'ю потерпілого, якщо вона має достатні для цього кошти, а особи, які визначені ч. 1 ст. 1178 ЦК України, є неплатоспроможними або померли.

Неповнолітня особа (у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років) **відповідає за завдану нею шкоду** самостійно на загальних підставах.

У разі відсутності у неповнолітньої особи майна, достатнього для відшкодування завданої нею шкоди, ця шкода відшкодовується в частці, якої не вистачає, або в повному обсязі її батьками (усиновлювачами) або піклувальником, якше вони не доведуть, що шкоди було завдано не з їхньої вини. Якщо неповнолітня особа перебувала у закладі, який за законом здійснює щодо неї функції піклувальника, цей заклад зобов'язаний відшкодувати шкоду в частці, якої не вистачає, або в повному обсязі, якщо він не доведе, що шкоди було завдано не з його вини.

Обов'язок батьків (усиновлювачів), піклувальника, закладу, який за законом здійснює щодо неповнолітньої особи функції піклувальника, відшкодувати шкоду припиняється після досягнення особою, яка завдала шкоди, повноліття або коли вона до досягнення повноліття стане власником майна, достатнього для відшкодування шкоди.

Шкода, завдана неповнолітньою особою після набуття нею повної цивільної дієздатності, відшкодовується цією особою самостійно на загальних підставах. У разі відсутності у неповнолітньої особи, яка набула повної цивільної дієздатності, майна, достатнього для відшкодування завданої нею шкоди, ця шкода відшкодовується в частці, якої не вистачає, або в повному обсязі її батьками (усиновлювачами) або піклувальником, якщо вони дали згоду на набуття нею повної цивільної дієздатності і не доведуть, що шкоди було завдано не з їхньої вини. Обов'язок цих осіб відшкодувати шкоду припиняється з досягненням особою, яка завдала шкоди, повноліття.

Шкода, завдана спільними діями кількох малолітніх осіб, відшкодовується їхніми батьками (усиновлювачами), опікунами в частці, яка визначається за домовленістю між ними або за рішенням суду. Якщо в момент завдання шкоі кількома малолітніми особами одна з них перебувала в закладі, який за законом

здійснює щодо неї функції опікуна, цей заклад відшкодовує завдану шкоду у частці, яка визначається за рішенням суду.

Шкода, завдана спільними діями кількох неповнолітніх осіб, відшкодовується ними у частці, яка визначається за домовленістю між ними або за рішенням суду. Якщо в момент завдання шкоди кількома неповнолітніми особами одна з них перебувала в закладі, який за законом здійснює щодо неї функції піклувальника, цей заклад відшкодовує завдану шкоду у частці, яка визначається за рішенням суду.

Шкода, завдана фізичною особою, яка в момент її завдання не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними, не відшкодовується. З урахуванням матеріального становища потерпілого та особи, яка завдала шкоди, суд може постановити рішення про відшкодування нею цієї шкоди частково або в повному обсязі.

Якщо фізична особа, яка завдала шкоди, сама довела себе до стану, в якому вона не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними в результаті вживання нею спиртних напоїв, наркотичних засобів, токсичних речовин тощо, шкода, завдана нею, відшкодовується на загальних підставах.

Якщо шкоди було завдано особою, яка не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними у зв'язку з психічним розладом або недоумством, суд може постановити рішення про відшкодування цієї шкоди її чоловіком (дружиною), батьками, повнолітніми дітьми, якщо вони проживали разом з цією особою, знали про її психічний розлад або недоумство, але не вжили заходів щодо запобігання шкоді.

5.17. Особливості відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки. Наслідки відшкодування кількох джерел підвищеної небезпеки. Підготовка адвокатом справи до розгляду.

Підстави відшкодування шкоди, завданої спільно кількома особами. Право зворотної вимоги (регресу). Підготовка адвокатом справи до розгляду.

Джерелом підвищеної небезпеки є діяльність, пов'язана з використанням, зберіганням або утриманням транспортних засобів, механізмів та обладнання, використанням, зберіганням хімічних, радіоактивних, вибухо- і вогненебезпечних та інших речовин, утриманням диких звірів, службових собак та собак бійцівських порід тощо, що створює підвищену небезпеку для особи, яка цю діяльність здійснює, та інших осіб.

Шкода, завдана джерелом підвищеної небезпеки, відшкодовується особою, яка на зідповідній правовій підставі (право власності, інше речове право, договір підряду, оренди тощо) володіє транспортним засобом, механізмом, іншим об'єктом, використання, зберігання або утримання якого створює підвищену небезпеку.

Особа, яка неправомірно заволоділа транспортним засобом, механізмом, шшим об'єктом, завдала шкоди діяльністю щодо його використання, зберігання або утримання, зобов'язана відшкодувати її на загальних підставах.

Якщо неправомірному заволодінню іншою особою транспортним засобом, механізмом, іншим об'єктом сприяла недбалість її власника (володільця), шкода, завдана діяльністю щодо його використання, зберігання або утримання, відшко- : зується ними спільно, у частці, яка визначається за рішенням суду з урахуванням обставин, що мають істотне значення.

Особа, яка здійснює діяльність, що є джерелом підвищеної небезпеки, відповідає за завдану шкоду, якщо вона не доведе, що шкоди було завдано внаслідок непереборної сили або умислу потерпілого.

Шкода, завдана внаслідок взаємодії кількох джерел підвищеної небезпеки, відшкодовується на загальних підставах, а саме:

1) шкода, завдана одній особі з вини іншої особи, відшкодовується винною особою;

2) за наявності вини лише особи, якій завдано шкоди, вона їй не відшкодовується;

3) за наявності вини всіх осіб, діяльністю яких було завдано шкоди, розмір відшкодування визначається у відповідній частці залежно від обставин, що мають істотне значення.

Якщо внаслідок взаємодії джерел підвищеної небезпеки було завдано шкод* іншим особам, особи, які спільно завдали шкоди, зобов'язані її відшкодувати незалежно від їхньої вини.

Особи, спільними діями або бездіяльністю яких було завдано шкоди, несуть солідарну відповідальність перед потерпілим. За заявою потерпілого суд може визначити відповідальність.осіб, які спільно завдали шкоди, у частці відповідне до ступеня їхньої вини.

Особа, яка відшкодувала шкоду, завдану іншою особою, має право зворотної вимоги (регресу) до винної особи у розмірі виплаченого відшкодування, якше інший розмір не встановлений законом. Держава, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, юридичні особи мають право зворотної вимоги до фізичної особи, винної у вчиненні злочину, у розмірі коштів, витрачених на лікування особи, яка потерпіла від цього злочину.

Держава, відшкодувавши шкоду, завдану посадовою, службовою особою органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду, має право зворотної вимоги до цієї особи тільки у разі встановлення в її діях складу злочину за обвинувальним вироком суду щодо неї, який набрав законної сили.

Батьки (усиновлювачі), опікун або піклувальник, а також заклад або особа, що зобов'язані здійснювати нагляд за малолітньою або неповнолітньою особою, які відшкодували шкоду, завдану малолітньою або неповнолітньою особою чи фізичною особою, яка визнана недієздатною, не мають права зворотної вимоги до цієї особи.

5.18. Способи відшкодування майнової шкоди. Врахування вини потерпілого. Порядок відшкодування шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я чи смертю потерпілого.

Підстави відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг). Суб'єкт відшкодування. Строки відшкодування та пред'явлення позову.

Право на повернення безпідставно набутого майна. Майно, що не підлягає поверненню. Підготовка адвокатом справи до розгляду.

З урахуванням обставин справи суд за вибором потерпілого може зобов'язати особу яка завдала шкоди майну, відшкодувати її в натурі (передати річ того ж роду і такої ж якості, полагодити пошкоджену річ тощо) або відшкодувати завдані збитки у повному обсязі. Розмір збитків, що підлягають відшкодуванню по-

терпілому, визначається відповідно до реальної вартості втраченого майна на момент розгляду справи або виконання робіт, необхідних для відновлення пошкодженої речі.

Відповідно до ст. 1193 ЦК України, відбувається урахування вини потерпілого і матеріального становища фізичної особи, яка завдала шкоди. Так, шкода, завдана потерпілому внаслідок його умислу, не відшкодовується. Якщо груба необережність потерпілого сприяла виникненню або збільшенню шкоди, то залежно ІН ступеня вини потерпілого (а в разі вини особи, яка завдала шкоди, — також залежно від ступеня її вини) розмір відшкодування зменшується, якщо інше не встановлено законом.

Вина потерпілого не враховується у разі відшкодування додаткових витрат, передбачених ч. 1 ст. 1195 ЦК України, у разі відшкодування шкоди, завданої смертю годувальника та у разі відшкодування витрат на поховання.

Суд може зменшити розмір відшкодування шкоди, завданої фізичною особою, залежно від її матеріального становища, крім випадків, коли шкоди завдано вчиненням злочину.

Фізична або юридична особа, яка завдала шкоди каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я фізичній особі, зобов'язана відшкодувати потерпілому заробіток І дохід), втрачений ним внаслідок втрати чи зменшення професійної або загальної працездатності, а також відшкодувати додаткові витрати, викликані необхідністю посиленого харчування, санаторно-курортного лікування, придбання ліків, протезування, стороннього догляду тощо. У разі каліцтва або іншого ушкодження здоров'я фізичної особи, яка в момент завдання шкоди не працювала, розмір відшкодування визначається виходячи з розміру мінімальної заробітної плати. Шкода, завдана фізичній особі каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, Блшкодовується без урахування пенсії, призначеної у зв'язку з втратою здоров'я, або пенсії, яку вона одержувала до цього, а також інших доходів. Договором або законом може бути збільшений обсяг і розмір відшкодування шкоди, завданої посопілому каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я.

Визначення заробітку (доходу), втраченого внаслідок каліцтва або іншого ушкодження здоров'я фізичної особи, яка працювала за трудовим договором. Розмір втраеного фізичною особою внаслідок каліцтва або іншого ушкодження здоров'я заробітку (доходу), що підлягає відшкодуванню, визначається у відсотках від середнього місячного заробітку (доходу), який потерпілий мав до каліцтва або іншого ушкодження здоров'я, з урахуванням ступеня втрати потерпілим професійної працездатності, а за її відсутності — загальної працездатності.

Середньомісячний заробіток (дохід) обчислюється за бажанням потерпілого за дванадцять або за три останні календарні місяці роботи, що передували ушко-енню здоров'я або втраті працездатності внаслідок каліцтва або іншого ушкодження здоров'я. Якщо середньомісячний заробіток (дохід) потерпілого є меншим від п'ятикратного розміру мінімальної заробітної плати, розмір втраченого заробітку (доходу) обчислюється виходячи з п'ятикратного розміру мінімальної заробітної плати.

Для визначення розміру відшкодування у разі професійного захворювання може братися до уваги за бажанням потерпілого середньомісячний заробіток (дохід) за дванадцять або за три останні календарні місяці перед припиненням роботи, що було викликано каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я.

До втраченого заробітку (доходу) включаються всі види оплати праці за трудовим договором за місцем основної роботи і за сумісництвом, з яких сплачується податок на доходи громадян, у сумах, нарахованих до вирахування податку.

До втраченого заробітку (доходу) не включаються одноразові виплати, компенсація за невикористану відпустку, вихідна допомога, допомога по вагітності та пологах тощо.

Якщо потерпілий на момент завдання йому шкоди не працював, його середньомісячний заробіток (дохід) обчислюється, за його бажанням, виходячи з його заробітку до звільнення або звичайного розміру заробітної плати працівника його кваліфікації у цій місцевості.

Якщо заробіток (дохід) потерпілого до його каліцтва чи іншого ушкодження здоров'я змінився, що поліпшило його матеріальне становище (підвищення заробітної плати за посадою, переведення на вищеоплачувану роботу, прийняття на роботу після закінчення освіти), при визначенні середньомісячного заробітку (доходу) враховується лише заробіток (дохід), який він одержав або мав одержати після відповідної зміни.

Визначення доходу, втраченого внаслідок каліцтва або іншого ушкодження здоров'я фізичної особи — підприємця. Розмір доходу фізичної особи — підприємця, втраченого фізичною особою внаслідок каліцтва або іншого ушкодження здоров'я, що підлягає відшкодуванню, визначається з її річного доходу, одержаного в попередньому господарському році, поділеного на дванадцять. Якщо ця особа отримувала дохід менш як дванадцять місяців, розмір її втраченого доходу визначається шляхом визначення сукупної суми доходу за відповідну кількість місяців.

Розмір доходу від підприємницької діяльності, втраченого фізичною особою — підприємцем внаслідок каліцтва або іншого ушкодження здоров'я, визначається на підставі даних органу державної податкової служби.

Розмір доходу, втраченого фізичною особою — підприємцем внаслідок каліцтва або іншого ушкодження здоров'я, обчислюється виходячи з розміру доходу, який потерпілий мав до каліцтва або іншого ушкодження здоров'я, у сумах. нарахованих до вирахування податків. Розмір доходу, втраченого фізичною особою, яка самостійно забезпечує себе роботою (адвокатом, особою, зайнятою творчою діяльністю, та іншими), визначається у порядку, встановленому частинами 1-3 ЦК України.

У **разі каліцтва або іншого ушкодження здоров'я малолітньої особи** фізична або юридична особа, яка завдала цієї шкоди, зобов'язана відшкодувати витрати на її лікування, протезування, постійний догляд, посилене харчування тощо. Після досягнення потерпілим чотирнадцяти років (учнем — вісімнадцяти років) юридична або фізична особа, яка завдала шкоди, зобов'язана відшкодувати потерпілому також шкоду, пов'язану із втратою або зменшенням його працездатності, виходячи з розміру встановленої законом мінімальної заробітної плати.

Якщо на момент ушкодження здоров'я неповнолітня особа мала заробіток, шкода має бути відшкодована їй виходячи з розміру її заробітку, але не нижче встановленого законом розміру мінімальної заробітної плати.

Після початку трудової діяльності відповідно до одержаної кваліфікації потерпілий має право вимагати збільшення розміру відшкодування шкоди, пов'язаної із зменшенням його професійної працездатності внаслідок каліцтва або іншого ушкодження здоров'я, виходячи з розміру заробітної плати працівників його кваліфікації, але не нижче встановленого законом розміру мінімальної заробітної плати.

Якщо потерпілий не має професійної кваліфікації і після досягнення повноліття продовжує залишатися непрацездатним внаслідок каліцтва або іншого ушкодження здоров'я, завданого йому до повноліття, він має право вимагати

відшкодування шкоди в обсязі не нижче встановленого законом розміру мінімальної заробітної плати.

У разі смерті потерпілого право на відшкодування шкоди мають непрацездатні особи, які були на його утриманні або мали на день його смерті право на одержання від нього утримання, а також дитина потерпілого, народжена після його смерті.

Шкода відшкодовується:

1) дитині — до досягнення нею вісімнадцяти років (учню, студенту — до закінчення навчання, але не більш як до досягнення ним двадцяти трьох років);

2) чоловікові, дружині, батькам (усиновлювачам), які досягли пенсійного віку, зсгановленого законом, — довічно;

3) інвалідам — на строк їх інвалідності;

4) одному з батьків (усиновлювачів) або другому з подружжя чи іншому членові сім'ї незалежно від віку і працездатності, якщо вони не працюють і здійснюють догляд за: дітьми, братами, сестрами, внуками померлого, — до досягнення ними чотирнадцяти років;

5) іншим непрацездатним особам, які були на утриманні потерпілого, — протягом п'яти років після його смерті.

Вказаним особам шкода відшкодовується у розмірі середньомісячного заробітку (доходу) потерпілого з вирахуванням частки, яка припадала на нього самого та працездатних осіб, які перебували на його утриманні, але не мають права на відшкодування шкоди. До складу доходів потерпілого також включаються пенсія, суми, що належали йому за договором довічного утримання (догляду), та інші аналогічні виплати, які він одержував.

Особам, які втратили годувальника, шкода відшкодовується в повному обсязі без урахування пенсії, призначеної їм внаслідок втрати годувальника, та інших доходів.

Розмір відшкодування, обчислений для кожного з осіб, які мають право на відшкодування шкоди, завданої смертю годувальника, не підлягає подальшому перерахункові, крім таких випадків: народження дитини, зачатої за життя і народженої після смерті годувальника; призначення (припинення) виплати відшко-I зання особам, що здійснюють догляд за дітьми, братами, сестрами, внуками померлого. Розмір відшкодування може бути збільшений законом.

Особа, яка завдала шкоди смертю потерпілого, зобов'язана відшкодувати особі, яка зробила необхідні витрати на поховання та на спорудження надгробного пам'ятника, ці витрати. Допомога на поховання, одержана фізичною особою, яка зробила ці витрати, до суми відшкодування шкоди не зараховується.

Відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю потерпілого, здійснюється щомісячними платежами.

За наявності обставин, які мають істотне значення, та з урахуванням матеріального становища фізичної особи, яка завдала шкоди, сума відшкодування може бути виплачена одноразово, але не більш як за три роки наперед.

Стягнення додаткових витрат, передбачених ч. 1 ст. 1195 ЦК України, може бути здійснене наперед у межах строків, встановлених на основі висновку заповідної лікарської експертизи, а також у разі необхідності попередньої оплати послуг і майна (придбання путівки, оплата проїзду, оплата спеціальних транспортних засобів тощо).

Потерпілий має право на збільшення розміру відшкодування шкоди, якщо його працездатність знизилася порівняно з тією, яка була у нього на момент вирішення питання про відшкодування шкоди.

Особа, на яку покладено обов'язок відшкодувати шкоду, завдану каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я потерпілого, має право вимагати зменшення

розміру відшкодування шкоди, якщо працездатність потерпілого зросла порівняно з тією, яка була в нього на момент вирішення питання про відшкодування шкоди.

У разі припинення юридичної особи, зобов'язаної відшкодувати шкоду, завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, і встановлення її правонаступників виплата щомісячних платежів покладається на її правонаступників.

У цьому разі вимоги про збільшення розміру відшкодування шкоди пред'являються до її правонаступників.

У разі ліквідації юридичної особи платежі, належні потерпілому або особавизначеним ст. 1200 ЦК України, мають бути капіталізовані для виплати їх потерпілому або цим особам у порядку, встановленому законом або іншим нормативно-правовим актом. У разі відсутності в юридичної особи, що ліквідується, коштів для капіталізації платежів, які підлягають сплаті, обов'язок щодо їх капіталізації покладається на ліквідаційну комісію на підставі рішення суду за позовом потерпілого.

Особа, яка вчинила злочин, зобов'язана відшкодувати витрати закладові охорсни здоров'я на лікування потерпілого від цього злочину, крім випадку завдання шкоди при перевищенні меж необхідної оборони або у стані сильного душевного хвилювання, що виникло раптово внаслідок насильства або тяжкої образи з боку потерпілого. Якщо злочин вчинено малолітньою або неповнолітньою особою, витрати на лікування потерпілого відшкодовуються особами, визначеними статтями 1178 і 1179 ЦК України.

Якщо лікування проводилося закладом охорони здоров'я, що є у державній власності, у власності Автономної Республіки Крим або територіальної громади, кошти на відшкодування витрат на лікування зараховуються до відповідного бюджету.

Шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю внаслідок злочину, відшкодовується потерпілому або особам, визначеним ст. 1200 ЦК України, державою, якщо не встановлено особу, яка вчинила злочин, або якщо вона є неплатоспроможною. Умови та порядок відшкодування державою шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, встановлюються законом.

За заявою потерпілого **у разі підвищення вартості життя** розмір відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, підлягає індексації на підставі рішення суду. За заявою потерпілого у разі збільшення розміру мінімальної заробітної плати розмір відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, підлягає відповідному збільшенню на підставі рішення суду.

Продавець, виготовлювач товару, виконавець робіт (послуг) зобов'язаний відшкодувати шкоду, завдану фізичній або юридичній особі **внаслідок конструктивних, технологічних, рецептурних та інших недоліків товарів, робіт (послуг),** а також недостовірної або недостатньої інформації про них. Відшкодування шкоди не залежить від їхньої вини, а також від того, чи перебував потерпілий з ними у договірних відносинах. Продавець, виготовлювач товару, виконавець робіт (послуг) звільняються від відшкодування шкоди, якщо вони доведуть, що шкода виникла внаслідок непереборної сили або порушення потерпілим правил користування або зберігання товару (результатів робіт, послуг).

Шкода, завдана **внаслідок недоліків товарів,** підлягає відшкодуванню, за вибором потерпілого, продавцем або виготовлювачем товару. Шкода, завдана внаслідок недоліків робіт (послуг), підлягає відшкодуванню їх виконавцем Шкода, завдана внаслідок ненадання повної чи достовірної інформації щодо

властивостей і правил користування товаром, підлягає відшкодуванню відповідно до ч. 1 ст. 1210 ЦК України.

Шкода, завдана внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг), підлягає відшколлванню, якщо її завдано протягом встановлених строків придатності товару, роботи (послуги), а якщо вони не встановлені, — протягом десяти років від дня виготовлення товару, виконання роботи (надання послуги).

Шкода, завдана внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг), підлягає відшкодуванню також якщо:

1) на порушення вимог закону не встановлено строку придатності товару, роботи (послуги);

2) особу не було попереджено про необхідні дії після спливу строку придатності і про можливі наслідки в разі невиконання цих дій.

Особа, **яка набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи (потерпілого) без достатньої правової підстави** (безпідставно набуте майно), зобов'язана повернути потерпілому це майно. Особа зобов'язана повернути майно і тоді, коли підстава, на якій воно було набуте, згодом відпала.

Положення глави 83 ЦК України застосовуються незалежно від того, чи безпідставне набуття або збереження майна було результатом поведінки набувача майна, потерпілого, інших осіб чи наслідком події.

Положення глави 83 ЦК України застосовуються також до вимог про:

1) повернення виконаного за недійсним правочином;

2) витребування майна власником із чужого незаконного володіння;

3) повернення виконаного однією із сторін у зобов'язанні;

4) відшкодування шкоди особою, яка незаконно набула майно або зберегла ого у себе за рахунок іншої особи.

Набувач зобов'язаний повернути потерпілому безпідставно набуте майно в натурі. У разі неможливості повернути в натурі потерпілому безпідставно набуте майно відшкодовується його вартість, яка визначається на момент розгляду судом справи про повернення майна.

Особа, яка набула майно або зберегла його у себе без достатньої правової підстави, зобов'язана відшкодувати всі доходи, які вона одержала або могла одержати від цього майна з часу, коли ця особа дізналася або могла дізнатися про володіння цим майном без достатньої правової підстави. З цього часу вона відповідає також за допущене нею погіршення майна. Особа, яка набула майно або зберегла його у себе без достатньої правової підстави, має право вимагати відшкодування зроблених нею необхідних витрат на майно від часу, з якого вона зобов'язана повернути доходи. У разі безпідставного одержання чи збереження грошей нараховуються проценти за користування ними (ст. 536 ЦК України).

Не підлягають поверненню безпідставно набуті:

1) заробітна плата і платежі, що прирівнюються до неї, пенсії, допомоги, стипендії, відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, аліменти та інші грошові суми, надані фізичній особі як засіб до існування, якщо їх виплата проведена фізичною або юридичною особою добровільно, за відсутності рахункової помилки з її боку і недобросовісності з боку набувача;

2) інше майно, якщо це встановлено законом.

5.19. *Поняття та види спадкування. Право на спадкування. Усунення від спадкування. Час і місце відкриття спадщини.*
Спадкування за заповітом. Строки. Право заповідача на заповідальний відказ. Предмет заповідального відказу.
Право заповідача на призначення спадкоємців. Обов'язкова частка у спадщині. Покладення на спадкоємців обов'язків. Умовний заповіт.
Особливості посвідчення заповіту подружжя та секретних заповітів. Наслідки недотримання форми і змісту заповіту.
Посвідчення заповітів при свідках. Таємниця заповіту. Право на тлумачення заповіту.

Спадкування — це перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців) (ст. 1216 ЦК України).

Сукупність правових норм, які регулюють умови і порядок спадкування складає інститут цивільного права, який іменується ***спадковим правом.***

Спадкування — це правовідносини, в яких є дві сторони: спадкодавець і спадкоємець.

Спадкодавцями можуть бути тільки фізичні особи — громадяни Україн; особи без громадянства або іноземці. Не можуть бути спадкодавцями юридичні особи, оскільки у випадках припинення їхньої діяльності порядок передачі їхнього майна іншим особам або державі визначається не нормами спадкового права. а спеціальними правилами про ліквідацію або реорганізацію юридичних осіб[1].

Спадкоємці — це вказані у заповіті або у законі особи, до яких переходять цивільні права і обов'язки спадкодавця.

Закон виділяє такі *категорії спадкоємців* (ст. 1222 ЦК України):

—фізичні особи, які є живими на час відкриття спадщини (можуть бути спадкоємцями за законом та за заповітом);

—особи, які були зачаті за життя спадкодавця і народжені живими після відкриття спадщини (можуть бути спадкоємцями за законом та за заповітом);

—юридичні особи (можуть бути спадкоємцями тільки за заповітом);

—інші учасники цивільних правовідносин (можуть бути спадкоємцями тільки за заповітом).

Стаття 1223 ЦК України встановлює, що право на спадкування мають особи, визначені у заповіті.

У разі відсутності заповіту, визнання його недійсним, неприйняття спадщини або відмови від її прийняття спадкоємцями за заповітом, а також у разі неохоплення заповітом усієї спадщини право на спадкування за законом одержують особи, визначені у статтях 1261—1265 ЦК України.

Право на спадкування виникає у день відкриття спадщини.

Відповідно до ст. 1224 ЦК України, не мають права на спадкування особи, **які** умисно позбавили життя спадкодавця чи будь-кого з можливих спадкоємців абс вчинили замах на їхнє життя. Однак це положення не застосовується до особи, яка вчинила такий замах, якщо спадкодавець, знаючи про це, все ж призначив Г. своїм спадкоємцем за заповітом.

[1] *Цивільний* кодекс України: Коментар. Видання друге. — X.: ТОВ «Одіссей», 2004. — С. 800.

Крім того, не мають права на спадкування ні за законом, ні за заповітом особи, які умисно перешкоджали спадкодавцеві скласти заповіт, внести до нього зміни або скасувати заповіт і цим сприяли виникненню права на спадкування у них самих чи в інших осіб або сприяли збільшенню їхньої частки у спадщині.

Не мають права на спадкування за законом:

—батьки після дитини, щодо якої вони були позбавлені батьківських прав і їхні права не були поновлені на час відкриття спадщини;

—батьки (усиновлювачі) та повнолітні діти (усиновлені), а також інші особи, які ухилялися від виконання обов'язку щодо утримання спадкодавця, якщо ця обставина встановлена судом;

—одна після одної особи, шлюб між якими є недійсним або визнаний таким за рішенням суду. Якщо шлюб визнаний недійсним після смерті одного з подружжя, то за другим із подружжя, який його пережив і не знав та не міг знати про перешкоди до реєстрації шлюбу, суд може визнати право на спадкування частки того з подружжя, хто помер, у майні, яке було набуте ними за час цього шлюбу.

За рішенням суду особа може бути усунена від права на спадкування за законом, якщо буде встановлено, що вона ухилялася від надання допомоги спадкодавцеві, який через похилий вік, тяжку хворобу або каліцтво був у безпорадному стані.

Положення ст. 1224 ЦК України поширюються на всіх спадкоємців, у тому числі й на тих, хто має право на обов'язкову частку у спадщині, а також на осіб, на користь яких зроблено заповідальний відказ.

Склад спадіщини — це усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті (ст. 1218 ЦК України). Сукупність таких прав і обов'язків називається **спадщиною** або **спадковою масою.**

До складу спадщини входять, насамперед, майнові права та обов'язки. Наприклад, права на належне спадкодавцю рухоме майно (транспортні засоби, коштовності, предмети домашнього вжитку тощо) та нерухоме майно (будинок, квартира, земельні ділянки, садові будинки тощо), грошові кошти, вклади у банках, інші майнові права. До складу спадщини входять також права в галузі інтелектуальної власності (право на опублікування та розповсюдження творів літератури, науки, мистецтва та одержання винагороди, виключне право на винахід, промисловий зразок, яке ґрунтується на патенті та ін.).

Крім переходу до спадкоємця прав, до них переходять і обов'язки:

—обов'язок відшкодувати майнову шкоду (збитки), яка була завдана спадкодавцем;

—обов'язок відшкодувати моральну шкоду, завдану спадкодавцем, яка була присуджена судом за життя спадкодавця;

—обов'язок сплатити неустойку (штраф, пеню), яка була присуджена судом кредиторові за життя спадкодавця.

Майнова та моральна шкода, яка була завдана спадкодавцем, відшкодовується спадкоємцями у межах вартості рухомого чи нерухомого майна, яке було одержане ними у спадщину (ст. 1231 ЦК України).

Спадкоємці не можуть прийняти тільки права і відмовитися від прийняття обов'язків. Спадщина приймається не в частині, а в цілому.

Не входять до складу спадщини права та обов'язки, що нерозривно пов'язані із собою спадкодавця, зокрема:

1) особисті немайнові права;

2) право на участь у товариствах та право членства в об'єднаннях громадян, якщо інше не встановлено законом або їх установчими документами;

3) право на відшкодування шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я;

4) права на аліменти, пенсію, допомогу або інші виплати, встановлені законом

5) права та обов'язки особи як кредитора або боржника, нерозривно пов'язані із особою кредитора або боржника, у зв'язку з чим зобов'язання не може бути виконане іншою особою або не може бути прийнято виконання зобов'язання іншою особою.

Виникнення спадкових правовідносин безпосередньо пов'язане із відкриттям спадщини (ст. 1220 ЦК України). Спадщина відкривається внаслідок:

—смерті фізичної особи;

—оголошення фізичної особи померлою.

Час відкриття спадщини визначається залежно від того, яка із вказаних обставин є підставою виникнення спадкових правовідносин[1].

Якщо підставою виникнення спадкових правовідносин є смерть спадкодавця, то часом відкриття спадщини визнається день його смерті. Факт смерті спадкодавця підтверджується свідоцтвом про смерть, виданим органом реєстрації актії цивільного стану.

Якщо є підставою виникнення спадкових правовідносин є оголошення фізичної особи померлою, то моментом відкриття спадщини визнається день набрання чинності рішення суду про це. Таке рішення є підставою для реєстрації факту смерті та видачі свідоцтва про смерть.

Якщо фізична особа пропала безвісти за обставини, що загрожували смертю або дають підстави припустити її загибель від певного нещасного випадку або у зв'язку з воєнними діями, то вона може бути оголошена судом померлою від дня її вірогідної смерті (ч. 3 ст. 46 ЦК України).

Якщо протягом однієї доби померли особи, які могли б спадкувати одна після одної, спадщина відкривається одночасно і окремо щодо кожної з них.

Якщо кілька осіб, які могли б спадкувати одна після одної, померли під час спільної для них небезпеки (стихійного лиха, аварії, катастрофи тощо) припускається, що вони померли одночасно. У цьому випадку спадщина відкривається одночасно і окремо щодо кожної з цих осіб.

Відповідно до ст. 1221 ЦК України, **місцем відкриття спадщини** є останнє місце проживання спадкодавця. Якщо місце проживання спадкодавця невідоме, місцем відкриття спадщини є місцезнаходження нерухомого майна або основної його частини, а за відсутності нерухомого майна — місцезнаходження основної частини рухомого майна.

Місцем відкриття спадщини слід вважати не певну точку на місцевості, **а** відповідний населений пункт.

Оскільки прийняття або неприйняття заповіту є правом спадкоємця, законом встановлені правила щодо здійснення права на спадкування.

Спадкоємець за заповітом чи за законом має право прийняти спадщину або не прийняти її. Не допускається прийняття спадщини з умовою чи із застереженням. Спадкоємець, який постійно проживав разом із спадкодавцем на час відкриття спадщини, вважається таким, що прийняв спадщину, якщо протягом строку для прийняття спадщини він не заявив про відмову від неї.

Малолітня, неповнолітня, недієздатна особа, а також особа, цивільна дієздатність якої обмежена, за загальним правилом вважаються такими, що прийняли

[1] *Права человека*. Процедура подачи и расемотрения жалоб / Изложение фактов № 7. — Женева: ООН, 2002. - С. 12-15.

спадщину. Фізична особа, цивільна дієздатність якої обмежена, може відмовитися від прийняття спадщини за згодою піклувальника і органу опіки та піклування. Неповнолітня особа віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років може відмовитися від прийняття спадщини за згодою батьків (усиновлювачів), піклувальника і органу опіки та піклування.

Батьки (усиновлювачі), опікун можуть відмовитися від прийняття спадщини, належної малолітній, недієздатній особі, лише з дозволу органу опіки та піклування.

Незалежно від часу прийняття спадщини вона належить спадкоємцеві з часу відкриття спадщини.

Спадкоємець, який бажає прийняти спадщину, але на час відкриття спадщини не проживав постійно із спадкодавцем, має подати до нотаріальної контори заяву про прийняття спадщини. Заява про прийняття спадщини подається спадкоємцем особисто. Особа, яка досягла чотирнадцяти років, має право подати заяву про прийняття спадщини без згоди своїх батьків або піклувальника. Заяву про прийняття спадщини від імені малолітньої, недієздатної особи подають її батьки (усиновлювачі), опікун. Особа, яка подала заяву про прийняття спадщини, може відкликати її протягом строку, встановленого для прийняття спадщини.

Для прийняття спадщини встановлюється строк у шість місяців, який починається з часу відкриття спадщини. Якщо виникнення у особи права на спадкування залежить від неприйняття спадщини або відмови від її прийняття іншими спадкоємцями, строк для прийняття нею спадщини встановлюється у три місяці з моменту неприйняття іншими спадкоємцями спадщини або відмови від її прийняття. Якщо строк, що залишився, менший як три місяці, він продовжується до трьох місяців. Якщо протягом шести місяців з часу відкриття спадщини відказоодержувач не відмовився від заповідального відказу, вважається, що він його прийняв.

Якщо спадкоємець протягом строку, встановленого для прийняття спадщини, не подав заяву про прийняття спадщини, він вважається таким, що не прийняв її. За письмовою згодою спадкоємців, які прийняли спадщину, спадкоємець, який пропустив строк для прийняття спадщини, може подати заяву про прийняття спадщини до нотаріальної контори за місцем відкриття спадщини. За позовом спадкоємця, який пропустив строк для прийняття спадщини з поважної причини, суд може визначити йому додатковий строк, достатній для подання ним заяви про прийняття спадщини.

Спадкоємець за заповітом або за законом може відмовитися від прийняття спадщини протягом строку, встановленого для прийняття спадщини. Заява про відмову від прийняття спадщини подається до нотаріальної контори за місцем відкриття спадщини.

Відмова від прийняття спадщини є безумовною і беззастережною. Відмова від прийняття спадщини може бути відкликана протягом строку, встановленого для її прийняття.

Спадкоємець за заповітом має право відмовитися від прийняття спадщини на користь іншого спадкоємця за заповітом. Спадкоємець за законом має право відмовитися від прийняття спадщини на користь будь-кого із спадкоємців за законом незалежно від черги.

Спадкоємець має право відмовитися від частки у спадщині спадкоємця, який відмовився від спадщини на його користь.

Якщо заповідач підпризначив спадкоємця, особа, на ім'я якої складений заповіт, може відмовитися від спадщини лише на користь особи, яка є підпризначеним спадкоємцем.

Відмова від прийняття спадщини може бути визнана судом недійсною з підстав, встановлених для недійсності правочинів.

Якщо від прийняття спадщини відмовився один із спадкоємців за заповітом частка у спадщині, яку він мав право прийняти, переходить до інших спадкоємців за заповітом і розподіляється між ними порівну.

Якщо від прийняття спадщини відмовився один із спадкоємців за законом з тієї черги, яка має право на спадкування, частка у спадщині, яку він мав право прийняти, переходить до інших спадкоємців за законом тієї ж черги і розподіляється між ними порівну. Зазначені положення не застосовуються, якщо спадкоємець відмовився від прийняття спадщини на користь іншого спадкоємця, а також коли заповідач підпризначив іншого спадкоємця.

Якщо на спадкоємця за заповітом, який відмовився від прийняття спадщини, було покладено заповідальний відказ, обов'язок за заповідальним відказом переходить до інших спадкоємців за заповітом, які прийняли спадщину, і розподіляється між ними порівну.

Відмова спадкоємця за заповітом від прийняття спадщини не позбавляє його права на спадкування за законом.

Якщо спадкоємець за заповітом або за законом помер після відкриття спадщини і не встиг її прийняти, право на прийняття належної йому частки спадщини, крім права на прийняття обов'язкової частки у спадщині, переходить до його спадкоємців (спадкова трансмісія). Право на прийняття спадщини у цьому випадку здійснюється на загальних підставах протягом строку, що залишився. Якщо строк, що залишився, менший як три місяці, він подовжується до трьох місяців.

У разі відсутності спадкоємців за заповітом і за законом, усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини, а також відмови від її прийняття суд визнає спадщину відумерлою за заявою відповідного органу місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини. Заява про визнання спадщини відумерлою подається після спливу одного року з часу відкриття спадщини. Спадщина, визнана судом відумерлою, переходить у власність територіальної громади за місцем відкриття спадщини. Територіальна громада, яка стала власником відумерлого майна, зобов'язана задовольнити вимоги кредиторів спадкодавця, що заявлені відповідно до закону.

Спадщина, не прийнята спадкоємцями, охороняється до визнання її відумерлою. Частки кожного спадкоємця у спадщині є рівними, якщо спадкодавець у заповіті сам не розподілив спадщину між ними.

Кожен із спадкоємців має право на виділ його частки в натурі. Спадкоємці, які протягом не менш як одного року до часу відкриття спадщини проживали разом із спадкодавцем однією сім'єю, мають переважне право перед іншими спадкоємцями на виділ їм у натурі предметів звичайної домашньої обстановки та вжитку в розмірі частки у спадщині, яка їм належить.

Спадкоємці, які разом із спадкодавцем були співвласниками майна, мають переважне право перед іншими спадкоємцями на виділ їм у натурі цього майна, у межах їхньої частки у спадщині, якщо це не порушує інтересів інших спадкоємців, що мають істотне значення.

Відповідно до ст. 1233 ЦК України, заповітом є особисте розпорядження фізичної особи на випадок своєї смерті.

Будь-який заповіт характеризується такими ознаками:

—є одностороннім правочином (тобто заповіт — це дія тільки однієї сторони, що не пов'язана з діями іншої сторони);

—є розпорядженням на випадок смерті фізичної особи;

—здійснюється завжди особисто;
—складається завжди у письмовій формі;
—посвідчується нотаріусом або іншими уповноваженими особами;
—є вільним волевиявленням заповідача.

Права заповідача

Глава 85 ЦК України встановлює достатньо широкий перелік прав, які має заповідач при складанні заповіту.

/. Право заповідача на призначення спадкоємців (ст. 1235 ЦК України).

Заповідач може призначити своїми спадкоємцями одну або кілька фізичних осіб, юридичних осіб, а також інших учасників цивільних відносин. При цьому немає значення, чи є між заповідачем та спадкоємцем сімейні, родинні, договірні або інші зв'язки або відносини.

Заповідач може без зазначення причин позбавити права на спадкування будь-яку особу з числа спадкоємців за законом. У такому випадку вказана особа не може одержати право на спадкування, навіть тоді, коли частина майна заповідача буде не охоплена заповітом. Така частина майна перейде до спадкоємців за законом, які не позбавлені права на спадщину.

2. Право на визначення обсягу спадщини, що має спадкуватися за заповітом (ст. 1236 ЦК України).

Заповідач має право охопити заповітом права та обов'язки, які йому належать на момент складення заповіту, а також ті права та обов'язки, які можуть йому належати у майбутньому.

Заповідач має право скласти заповіт щодо усієї спадщини або її частини. Якщо заповідач розподілив між спадкоємцями у заповіті лише свої права, до спадкоємців, яких він призначив, переходить та частина його обов'язків, що є пропорційною до одержаних ними прав.

Чинність заповіту щодо складу спадщини встановлюється на момент відкриття спадщини.

3. Право на заповідальний відказ (ст. 1237ЦК України).

Заповідальний відказ — це розпорядження заповідача, відповідно до якого на спадкоємця покладається обов'язок здійснити будь-яку дію на користь однієї чи кількох осіб (відказоодержувачів).

Відказоодержувачами можуть бути особи, які входять, а також ті, які не входять до числа спадкоємців за законом.

Предметом заповідального відказу може бути передання відказоодержувачеві у власність або за іншим речовим правом майнового права або речі, що входить або не входить до складу спадщини.

На спадкоємця, до якого переходить житловий будинок, квартира або інше рухоме або нерухоме майно, заповідач має право покласти обов'язок надати іншій особі право користування ними. Право користування житловим будинком, квартирою або іншим рухомим або нерухомим майном зберігає чинність у разі наступної зміни їх власника.

Право користування житловим будинком, квартирою або іншим рухомим або нерухомим майном, одержане за заповідальним відказом, є таким, що не відчужується, не передається та не переходить до спадкоємців відказоодержувача. Право користування житловим будинком, квартирою або іншою будівлею, надане відказоодержувачеві, не є підставою для проживання у них членів його сім'ї, якщо у заповіті не зазначено інше.

Спадкоємець, на якого заповідачем покладено заповідальний відказ, зобов'язаний виконати його лише у межах реальної вартості майна, яке перейш-

ло до нього, з вирахуванням частки боргів спадкодавця, що припадають на ц| майно.

4. Право на покладення на спадкоємців інших обов'язків (ст. 1240 ЦК України).

Заповідач може зобов'язати спадкоємця до вчинення певних дій немайнового характеру, зокрема щодо розпорядження особистими паперами, визначення місця і форми здійснення ритуалу поховання.

Заповідач може зобов'язати спадкоємця до вчинення певних дій, спрямованих на досягнення суспільно корисної мети. Наприклад, заповідаючи будино:- заповідач зобов'язує спадкоємця надати частину цього будинку для розміщення музею.

5. Право скласти заповіт з умовою (ст. 1242 ЦК України).

Заповідач може обумовити виникнення права на спадкування у особи, **яка** призначена у заповіті, наявністю певної умови, як пов'язаної, так і не пов'язано: з її поведінкою (наявність інших спадкоємців, проживання у певному місці, народження дитини, здобуття освіти тощо).

Умова, визначена у заповіті, має існувати на час відкриття спадщини. Наприклад, заповідач може передбачити у заповіті, що його син отримає право на спадкування, якщо на момент відкриття спадщини буде мати вищу освіту або буде одружений.

Умова, визначена у заповіті, є нікчемною, якщо вона суперечить закону або моральним засадам суспільства.

Особа, призначена у заповіті, не має права вимагати визнання умови недійсною на тій підставі, що вона не знала про неї, або якщо настання умови від неї не залежало.

6. Право подружжя скласти спільний заповіт (ст. 1243 ЦК України).

Подружжя має право скласти спільний заповіт щодо майна, яке належить йому на праві спільної сумісної власності.

У разі складення спільного заповіту частка у праві спільної сумісної власності після смерті одного з подружжя переходить до другого з подружжя, який його пережив. У разі смерті останнього право на спадкування мають особи, визначені подружжям у заповіті.

За життя дружини та чоловіка кожен з них має право відмовитися від спільного заповіту. Така відмова підлягає нотаріальному посвідченню.

У разі смерті одного з подружжя нотаріус накладає заборону відчуження майна, зазначеного у заповіті подружжя. Таке право подружжя є новелою у чинному законодавстві України.

Юридичний сенс такого заповіту полягає у одержанні спадщини, а саме майна, яке було спільною сумісною власністю, тією особою, яка була обрана за домовленістю подружжя, а також у тому, що той з подружжя, який пережив, продовжує жити у звичному для нього майновому середовищі[1].

7. Право на підпризначення спадкоємця (ст. 1244 ЦК України).

Заповідач має право призначити іншого спадкоємця на випадок, якщо спадкоємець, зазначений у заповіті, помре до відкриття спадщини, не прийме її або відмовиться від її прийняття чи буде усунений від права на спадкування, а також у разі відсутності умов, визначених у заповіті.

Підпризначеним спадкоємцем може бути будь-яка особа, яка може бути спадкоємцем за законом або за заповітом.

[1] *Цивільний* кодекс України: Коментар. Видання друге. — X.: ТОВ «Одіссей», 2004. — С.814.

Наприклад, заповідач призначає спадкоємцем свого сина з умовою, що на момент відкриття спадщини він буде одружений. Якщо така умова буде відсутня на момент відкриття спадщини, спадкоємцем у заповіті вказується інша особа.

8. Право на встановлення сервітуту у заповіті (ст. 1246 ЦК України).

Спадкодавець має право встановити у заповіті сервітут щодо земельної ділянЮI. інших природних ресурсів або іншого нерухомого майна для задоволення поте 5 інших осіб. Це передбачає, що заповідач може встановити право користузання певним об'єктом для задоволення потреб інших осіб.

Наприклад, заповідач може передбачити у заповіті надання можливості здійснювати прохід, проїзд через земельну ділянку, що є предметом заповіту. Таке право користування може бути встановлене як на певний строк, так і безстроково. Сервітут не позбавляє спадкоємця майна, обтяженого сервітутом, права юлодіння, користування та розпорядження цим майном. У випадку переходу права власності на таке майно до інших осіб сервітут залишається чинним і для нового власника.

Свобода заповіту обмежена правилами про обов'язкову частку, що встановкніст. 1241 ЦК України.

Малолітні, неповнолітні, повнолітні непрацездатні діти спадкодавця, непрацездатна вдова (вдівець) та непрацездатні батьки спадкують, незалежно від змісту иловіту, половину частки, яка належала б кожному з них у разі спадкування за законом (обов'язкова частка). Розмір обов'язкової частки у спадщині може бути вменшений судом з урахуванням відносин між цими спадкоємцями та спадкодавцем, а також інших обставин, які мають істотне значення.

Право на обов'язкову частку спадщини також означає, що заповідач не може позбавити права на спадкування осіб, які мають право на обов'язкову частку (ч. З ст 1235 ЦК України).

До обов'язкової частки у спадщині зараховується вартість речей звичайної домашньої обстановки та вжитку, вартість заповідального відказу, встановленого на ористь особи, яка має право на обов'язкову частку, а також вартість інших речей та майнових прав, які перейшли до неї як до спадкоємця.

Будь-які обмеження та обтяження, встановлені у заповіті для спадкоємця, який має право на обов'язкову частку у спадщині, дійсні лише щодо тієї частини спадщини, яка перевищує його обов'язкову частку.

Форма заповіту має надзвичайно важливе значення. Для дійсності заповіту вимагається відповідність волі заповідача зовнішній формі її виявлення.
Заповіт складається у письмовій формі, із зазначенням місця та часу його складання.Заповіт має бути особисто підписаний заповідачем. Якщо заповідач унаслідок фізичної вади, хвороби або з будь-яких інших причин не може власноручно підписати заповіт, за дорученням заповідача він може бути підписаний іншою фізичною особою за правилами, встановленими законом.

Заповіт має бути посвідчений:

—нотаріусом;

—іншими посадовими, службовими особами, передбаченими ЦК України.

Нотаріус посвідчує заповіт, який написаний заповідачем власноручно або за сс змогою загальноприйнятих технічних засобів. Нотаріус може на прохання асоби записати заповіт з її слів власноручно або за допомогою загальноприйнята технічних засобів. У цьому разі заповіт має бути вголос прочитаний заповідачем і підписаний ним.

Якщо заповідач унаслідок фізичної вади, хвороби або з будь-яких інших причин не може власноручно підписати заповіт, за дорученням заповідача він може

бути підписаний іншою фізичною особою за правилами, встановленими Інструкцією про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України.

Фізична особа, на користь якої заповідається майно, не має права підписувати заповіт за заповідача.

На бажання заповідача, а також у випадках, якщо заповідач через фізичні вади не може сам прочитати заповіт, *посвідчення заповіту має відбуватися при свідках.* Присутність не менш як двох свідків при посвідченні заповіту є обов'язковою (ст. 1253 ЦК України).

Свідками можуть бути особи з повною цивільною дієздатністю. Свідками в і можуть бути:

—нотаріус;

—особи, на користь яких складено заповіт;

—члени сім'ї та близькі родичі спадкоємців за заповітом;

—особи, які не можуть прочитати або підписати заповіт.

Текст заповіту має містити відомості про особу свідків, а саме: прізвище, ім - по батькові кожного з них, дату народження, місце проживання, реквізити паспорта чи іншого документа, на підставі якого було встановлено особу свідка. Свідки, при яких посвідчено заповіт, зачитують його вголос та ставлять свої підписи на ньому.

У деяких випадках заповіт може бути посвідчений не нотаріусом, а іншою посадовою, службовою особою (статті 1251, 1252 ЦК України). Якщо у населеному пункті немає нотаріуса, заповіт, крім секретного, може бути посвідчений **уповноваженою на це посадовою, службовою особою відповідного органу місцевого самоврядування.**

Випадки посвідчення заповітів іншими посадовими, службовими особами:

1). Заповіт особи, яка перебуває на лікуванні у лікарні, госпіталі, іншому стаціонарному закладі охорони здоров'я, а також особи, яка проживає в будинк> для осіб похилого віку та інвалідів, може бути посвідчений **головним лікарем,** його **заступником з медичної частини або черговим лікарем** цієї лікарні, госпіталю, іншого стаціонарного закладу охорони здоров'я, а також **начальником госпіталю, директором або головним лікарем будинку для осіб похилого віку та інвалідів.**

2). Заповіт особи, яка перебуває під час плавання на морському, річковому судні, що ходить під прапором України, може бути посвідчений **капітаном цього судна.**

3). Заповіт особи, яка перебуває у пошуковій або іншій експедиції, може бути посвідчений **начальником цієї експедиції.**

4). Заповіт військовослужбовця, а в пунктах дислокації військових частин, з'єднань, установ, військово-навчальних закладів, де немає нотаріуса чи органу що вчиняє нотаріальні дії, а також заповіт робітника, службовця, члена їхніх сімей і члена сім'ї військовослужбовця може бути посвідчений **командиром (начальником) цих частини, з'єднання, установи або закладу.**

5). Заповіт особи, яка відбуває покарання у виді позбавлення волі, може бути посвідчений **начальником місця позбавлення волі.**

6). Заповіт особи, яка тримається під вартою, може бути посвідчений **начальником слідчого ізолятора.**

У зазначених випадках заповіти посвідчуються при свідках. До складання таких заповітів застосовуються загальні правила та вимоги до заповіту, та при **а** отриманні вони прирівнюються до заповітів, посвідчених нотаріусами.

Особливим видом заповіту є **секретний заповіт** (статті 1249, 1250 ЦК України).

Секретним є заповіт, який посвідчується нотаріусом без ознайомлення з його змістом.

Секретний заповіт подається нотаріусу особою, що його склала, у заклеєному конверті. На конверті має бути особистий підпис заповідача.

Нотаріус ставить на конверті, у якому знаходиться секретний заповіт, лосвідчувальний напис про посвідчення та прийняття на зберігання секретного заповіту, скріплює його печаткою і в присутності заповідача поміщає його в інший конверт та опечатує. На конверті зазначаються прізвище, ім'я, по батькові, дата народження заповідача і дата прийняття на зберігання цього заповіту.

Про прийняття секретного заповіту на зберігання нотаріус може видати заповідачу за його бажанням відповідне свідоцтво. Секретний заповіт приймається нотаріусом на зберігання без складання опису.

Нотаріус, у якого зберігається секретний заповіт, у разі одержання повідомлення про відкриття спадщини та подання свідоцтва про смерть заповідача, призначає день оголошення змісту заповіту. Про день та час оголошення змісту заповіту нотаріус повідомляє членів сім'ї та родичів спадкодавця, якщо їх місце проживання відоме, або робить про це повідомлення в друкованих засобах масової інформації.

Нотаріус у присутності заінтересованих осіб та двох свідків відкриває конверт, І якому зберігався заповіт, та оголошує його зміст. Про оголошення заповіту складається протокол, який підписують нотаріус та свідки. У протоколі записується весь зміст заповіту.

5.20. Підстави недійсності заповіту. Підготовка позову до суду.
Скасування та зміна заповіту спадкодавцем. Встановлення сервітуту у заповіті.
Особливості спадкування за законом. Черговість та зміна черговості права на спадкування. Визначення розміру часток при спадкуванні за законом.

Стаття 1257 ЦК України встановлює випадки та наслідки недійсності заповіту.

Заповіт, складений особою, яка не мала на це права, а також заповіт, складений з порушенням вимог щодо його форми та посвідчення, є нікчемним.

За позовом заінтересованої особи суд визнає заповіт недійсним, якщо буде встановлено, що волевиявлення заповідача не було вільним і не відповідало його волі.

Недійсність окремого розпорядження, що міститься у заповіті, не має наслідком недійсності іншої його частини.

У разі недійсності заповіту спадкоємець, який за цим заповітом був позбавлений права на спадкування, одержує право на спадкування за законом на загальних підставах.

Заповідач має право у будь-який час скасувати заповіт. Заповідач має право у будь-який час скласти новий заповіт. Заповіт, який було складено пізніше, скасовує попередній заповіт повністю або у тій частині, в якій він йому суперечить.

Кожний новий заповіт скасовує попередній і не відновлює заповіту, який заповідач склав перед ним. Якщо новий заповіт, складений заповідачем, був визнаний недійсним, чинність попереднього заповіту не відновлюється, крім випадків, новлених статтями 225 і 231 ЦК України. Заповідач має право у будь-який час внести до заповіту зміни.

Скасування заповіту, внесення до нього змін провадяться особисто заповідачем та у порядку, встановленому ЦК України для посвідчення заповіту.

Спадкодавець має право встановити у заповіті сервітут щодо земельної ділянки, інших природних ресурсів або іншого нерухомого майна для задоволення потреб інших осіб.

ЦК України передбачає два види спадкування:

—спадкування за законом;

—спадкування за заповітом.

Правовідносини спадкування як за законом, так і за заповітом, виникають, змінюються і припиняються за наявності певних юридичних фактів.

При спадкуванні за законом таким юридичним фактом є смерть спадкодавця — подія, тобто життєва обставина, настання якої не залежить від волі спадкоємця.

При спадкуванні за заповітом смерть спадкодавця-заповідача — тільки умова, настання якої тягне за собою реалізацію його волі, що висловлена у заповіті. В основі виникнення правовідносин спадкування за заповітом лежить юридичний склад — сукупність визначених фактів, які необхідні для настання юридичних наслідків. До таких юридичних фактів належать:

—складання заповіту;

—смерть спадкодавця;

—відкриття спадщини;

—прийняття спадщини.

Якщо фізична особа не залишила заповіту, або заповіт був визнанні недійсним, або відсутні умови, які зазначені у заповіті з умовою, або спадкоємці за заповітом не прийняли спадщину, або не закликаються до спадкування, або якщо особа розпорядилася лише частиною свого майна, настає спадкування за законом. Можна сказати, що спадкування за законом має місце тоді, коли і оскільки воно не замінено заповітом[1].

Спадкоємці за законом одержують право на спадкування почергово. Кожна наступна черга спадкоємців за законом одержує право на спадкування у разі відсутності спадкоємців попередньої черги, усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини або відмови від її прийняття, крім випадків, встановлених ст. 1259 ЦК України.

Черговість одержання спадкоємцями за законом права на спадкування може бути змінена нотаріально посвідченим договором заінтересованих спадкоємців, укладеним після відкриття спадщини. Цей договір не може порушити прав спадкоємця, який не бере у ньому участі, а також спадкоємця, який має право на обов'язкову частку у спадщині.

Фізична особа, яка є спадкоємцем за законом наступних черг, може за рішенням суду одержати право на спадкування разом із спадкоємцями тієї черги, яка має право на спадкування, за умови, що вона протягом тривалого часу опікувалася, матеріально забезпечувала, надавала іншу допомогу спадкодавцеві, який через похилий вік, тяжку хворобу або каліцтво був у безпорадному стані.

У разі спадкування за законом усиновлений та його нащадки, з одного боку, та усиновлювач і його родичі — з другого, прирівнюються до родичів за походженням. Усиновлений та його нащадки не спадкують за законом після смерті батьків усиновленого, інших його родичів за походженням по висхідній лінії. Батьки усиновленого та інші його родичі за походженням по висхідній лінії не спадкують за законом після смерті усиновленого та його нащадків. Якщо за рішенням суду про

[1] *Коментар* до Цивільного кодексу України // За ред. Е. О. Харитонова, О. М. Калітенко Х., 2004. - С. 820.

усиновлення збережений правовий зв'язок між усиновленим та його бабою, дідом, братом та сестрою за походженням, то у разі смерті його баби, діда за походженням усиновлений має право на спадкування за правом представлення, а у разі смерті його брата, сестри за походженням — має право на спадкування як спадкоємець другої черги. У разі смерті усиновленого його баба, дід, брат, сестра за походженням, з якими був збережений правовий зв'язок, спадкують на загальних підставах.

У першу чергу право на спадкування за законом мають діти спадкодавця, у тому числі зачаті за життя спадкодавця та народжені після його смерті, той з подружжя, який його пережив, та батьки.

При визначенні осіб, які вважаються дітьми спадкодавця, необхідно керуватися відповідними нормами Сімейного кодексу України (далі — СК України). Так, згідно зі ст. 133 СК України, якщо дитина народилася у подружжя, дружина записується матір'ю, а чоловік — батьком дитини. Презумпція батьківства діє не лише в період шлюбу. Дитина, народжена протягом десяти місяців після припинення шлюбу, визнання його недійсним, походить від подружжя, а відтак — батьком дитини буде чоловік її матері (п. 2 ст. 122 СК України).

Той з подружжя, хто пережив іншого, успадковує в першій черзі в тому випадку якщо він перебував у зареєстрованому шлюбі із спадкодавцем на момент смерті, що підтверджується свідоцтвом про шлюб.

Релігійні шлюби, що укладаються сьогодні, не тягнуть правових наслідків, тобто не є підставою для спадкування.

У випадку розірвання шлюбу до відкриття спадщини, право на спадщину у того з подружжя, хто пережив, не виникає.

У другу чергу право на спадкування за законом мають рідні брати та сестри спадкодавця, його баба та дід як з боку батька, так і з боку матері. До таких спадкоємців віднесені як повнорідні, так і неповнорідні брати і сестри спадкодавця, тобто досить, щоб у спадкодавця з братом чи сестрою був спільним або батько, або мати. Так звані зведені брати та сестри, тобто діти від першого шлюбу чоловіка та жінки, спадщини один після одного не набувають.

У третю чергу право на спадкування за законом мають рідні дядько та тітка спадкодавця.

У четверту чергу право на спадкування за законом мають особи, які проживали зі спадкодавцем однією сім'єю не менш як п'ять років до часу відкриття спадщини.

У п'яту чергу право на спадкування за законом мають інші родичі спадкодавця до шостого ступеня споріднення включно, причому родичі ближчого ступеня споріднення усувають від права спадкування родичів подальшого ступеня споріднення.

Ступінь споріднення визначається за числом народжень, що віддаляють родича від спадкодавця. Народження самого спадкодавця не входить до цього числа. У п'яту чергу право на спадкування за законом одержують утриманці спадкодавця, які не були членами його сім'ї. Утриманцем вважається неповнолітня або непрацездатна особа, яка не була членом сім'ї спадкодавця, але не менш як п'ять років одержувала від нього матеріальну допомогу, що була для неї єдиним або основним джерелом засобів до існування.

Внуки, правнуки спадкодавця спадкують ту частку спадщини, яка належала б за законом їхнім матері, батькові, бабі, дідові, якби вони були живими на час закриття спадщини. Прабаба, прадід спадкують ту частку спадщини, яка б належала за законом їхнім дітям (бабі, дідові спадкодавця), якби вони були живими на

час відкриття спадщини. Племінники спадкодавця спадкують ту частку спадщини, яка належала б за законом їхнім матері, батькові (сестрі, братові спадкодавця), якби вони були живими на час відкриття спадщини. Двоюрідні брати та сестри спадкодавця спадкують ту частку спадщини, яка належала б за законом їхнім матері, батькові (тітці, дядькові спадкодавця), якби вони були живими на час відкриття спадщини. Якщо спадкування за правом представлення здійснюється кількома особами, частка їхнього померлого родича ділиться між ними порівну При спадкуванні по прямій низхідній лінії право представлення діє без обмеження ступеня споріднення.

Частки у спадщині кожного із спадкоємців за законом є рівними. Спадкоємці за усною угодою між собою, якщо це стосується рухомого майна, можуть змінити розмір частки у спадщині когось із них. Спадкоємці за письмовою угодою між собою, посвідченою нотаріусом, якщо це стосується нерухомого майна або транспортних засобів, можуть змінити розмір частки у спадщині когось із них.

5.21. Прийняття спадщини. Строки її прийняття. Наслідки пропущеного строку. Відмова від прийняття спадщини та її наслідки.
Поділ спадщини. Переважне право окремих спадкоємців на виділ їм спадкового майна в натурі. Перерозподіл спадщини.
Борг спадкодавця. Вимоги до спадкоємців про стягнення боргу. Порядок задоволення спадкодавця.

Спадкоємець за заповітом чи за законом має право прийняти спадщину або в і прийняти її. Не допускається прийняття спадщини з умовою чи із застереженням

Спадкоємець, який постійно проживав разом із спадкодавцем на час відкриття спадщини, вважається таким, що прийняв спадщину, якщо протягом строку, встановленого ст. 1270 ЦК України, він не заявив про відмову від неї.

Малолітня, неповнолітня, недієздатна особа, а також особа, цивільна дієздатність якої обмежена, вважаються такими, що прийняли спадщину, крім випадків, встановлених частинами 2—3 ст. 1273 ЦК України. Незалежно від часу прийняття спадщини вона належить спадкоємцеві з часу відкриття спадщини.

Спадкоємець, який бажає прийняти спадщину, але на час відкриття спадщини не проживав постійно із спадкодавцем, **має подати до нотаріальної контори заяву** про прийняття спадщини. Заява про прийняття спадщини подається спадкоємцем особисто.

Особа, яка досягла чотирнадцяти років, має право подати заяву про прийняття спадщини без згоди своїх батьків або піклувальника. Заяву про прийняття спадщини від імені малолітньої, недієздатної особи подають її батьки (усиновлювачі), опікун.

Особа, яка подала заяву про прийняття спадщини, може відкликати її протягом строку, встановленого для прийняття спадщини.

Для прийняття спадщини встановлюється строк у шість місяців, який починається з часу відкриття спадщини. Якщо виникнення у особи права на спадкування залежить від неприйняття спадщини або відмови від її прийняття іншим спадкоємцями, строк для прийняття нею спадщини встановлюється у три місяці з моменту неприйняття іншими спадкоємцями спадщини або відмови від її

прийняття. Якщо строк, що залишився, менший як три місяці, він продовжується до трьох місяців.

Якщо протягом шести місяців з часу відкриття спадщини відказоодержувач не відмовився від заповідального відказу, вважається, що він його прийняв.

Якщо спадкоємець протягом строку, встановленого ст. 1270 ЦК України, не подав заяву про прийняття спадщини, він вважається таким, що не прийняв її. За письмовою згодою спадкоємців, які прийняли спадщину, спадкоємець, який пропустив строк для прийняття спадщини, може подати заяву про прийняття спадщини до нотаріальної контори за місцем відкриття спадщини. За позовом спадкоємця, який пропустив строк для прийняття спадщини з поважної причини, суд може визначити йому додатковий строк, достатній для подання ним заяви про прийняття спадщини.

Спадкоємець за заповітом або за законом може відмовитися від прийняття спадщини протягом строку, встановленого ст. 1270 ЦК України. Заява про відмову від прийняття спадщини подається до нотаріальної контори за місцем відкриття спадщини.

Фізична особа, цивільна дієздатність якої обмежена, може відмовитися від прийняття спадщини за згодою піклувальника і органу опіки та піклування. Неповнолітня особа віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років може відмовитися від прийняття спадщини за згодою батьків (усиновлювачів), піклувальника і :?гану опіки та піклування. Батьки (усиновлювачі), опікун можуть відмовитися *і* щ прийняття спадщини, належної малолітній, недієздатній особі, лише з дозволу органу опіки та піклування.

Відмова від прийняття спадщини є безумовною і беззастережною. Відмова від прийняття спадщини може бути відкликана протягом строку, встановленого для її прийняття.

Спадкоємець за заповітом має право **відмовитися** від прийняття спадщини на користь іншого **спадкоємця за заповітом.** Спадкоємець за законом має право намовитися від прийняття спадщини на користь будь-кого із спадкоємців за законом незалежно від черги.

Спадкоємець має право відмовитися від частки у спадщині спадкоємця, який відмовився від спадщини на його користь. Якщо заповідач підпризначив спадкоємця, особа, на ім'я якої складений заповіт, може відмовитися від спадщини лише на користь особи, яка є підпризначеним спадкоємцем. Відмова від прийняття спадщини може бути визнана судом недійсною з підстав, встановлених статтями 225, 229-231 і 233 ЦК України.

Якщо від прийняття спадщини відмовився один із спадкоємців за заповітом, частка у спадщині, яку він мав право прийняти, переходить до інших спадкоємців за заповітом і розподіляється між ними порівну. Якщо від прийняття спадщини відмовився один із спадкоємців за законом з тієї черги, яка має право на спадкування, частка у спадщині, яку він мав право прийняти, переходить до інших спадкоємців за законом тієї ж черги і розподіляється між ними порівну. Положення ст. 1275 ЦК України не застосовуються, якщо спадкоємець відмовився від прийняття спадщини на користь іншого спадкоємця, а також коли заповідач підпризначив іншого спадкоємця. Якщо на спадкоємця за заповітом, який відмовився від прийняття спадщини, було покладено заповідальний відказ, обов'язок за заповідальним відказом переходить до інших спадкоємців за заповітом, які прийняли спадщину, і розподіляється між ними порівну. Відмова спадкоємця за заповітом від прийняття спадщини не позбавляє його права на спадкування за законом.

Частки кожного спадкоємця у спадщині є рівними, якщо спадкодавець у заповіті сам не розподілив спадщину між ними. Кожен із спадкоємців має право на виділ його частки в натурі.

Спадкоємці, які протягом не менш як одного року до часу відкриття спадщини проживали разом із спадкодавцем однією сім'єю, мають переважне право перед іншими спадкоємцями на виділ їм у натурі предметів звичайної домашньої обстановки та вжитку в розмірі частки у спадщині, яка їм належить. Спадкоємні, які разом із спадкодавцем були співвласниками майна, мають переважне праве перед іншими спадкоємцями на виділ їм у натурі цього майна, у межах їхньої частки у спадщині, якщо це не порушує інтересів інших спадкоємців, що мають істотне значення.

Якщо після спливу строку для прийняття спадщини і після розподілу її між спадкоємцями спадщину прийняли інші спадкоємці (частини 2 і 3 ст. 1272 1ІК України), вона підлягає перерозподілу між ними.

Такі спадкоємці мають право вимагати передання їм у натурі частини майна яке збереглося, або сплати грошової компенсації. Якщо майно, на яке претені; ; спадкоємець, що пропустив строк для прийняття спадщини, перейшло як від\ - мерле до територіальної громади і збереглося, спадкоємець має право вимагати його передання в натурі. У разі його продажу спадкоємець має право на грошову компенсацію.

Спадкоємці зобов'язані повідомити кредитора спадкодавця про відкриття спадщини, якщо їм відомо про його борги. Кредиторові спадкодавця належить протягом шести місяців від дня, коли він дізнався або міг дізнатися про відкриття спадщини, пред'явити свої вимоги до спадкоємців, які прийняли спадщину, незалежно від настання строку вимоги. Якщо кредитор спадкодавця не знав і не міг знати про відкриття спадщини, він має право пред'явити свої вимоги до спадкоємців, які прийняли спадщину, протягом одного року від настання строку Б; - моги. Кредитор спадкодавця, який не пред'явив вимоги до спадкоємців, шо прийняли спадщину, у строки, встановлені частинами 2 і 3 ст. 1281 ЦК України, позбавляється права вимоги.

Спадкоємці зобов'язані задовольнити вимоги кредитора повністю, але в межах вартості майна, одержаного у спадщину. Кожен із спадкоємців зобов'язаний задовольнити вимоги кредитора особисто, у розмірі, який відповідає його частці у спадщині.

Вимоги кредитора спадкоємці зобов'язані задовольнити шляхом одноразового платежу, якщо домовленістю між спадкоємцями та кредитором інше не встановлено. У разі відмови від одноразового платежу суд за позовом кредитора накладає стягнення на майно, яке було передане спадкоємцям у натурі.

5.22. Призначення виконавця заповіту. Його повноваження. Строк чинності повноважень виконавця.
Оформлення права на спадщину. Строк видачі свідоцтва про право на спадщину. Визнання недійсним свідоцтва про спадщину.
Спадковий договір. Забезпечення його виконання. Розірвання договору.

Заповідач може доручити виконання заповіту фізичній особі з повною цивільною дієздатністю або юридичній особі (виконавцеві заповіту). Якщо за-

повіт складено на користь кількох осіб, виконання заповіту може бути доручено будь-кому з них. Якщо заповіт складено на користь однієї особи, виконання заповіту може бути покладено на особу, яка не є спадкоємцем за заповітом.

Спадкоємці мають право пред'явити позов про усунення виконавця заповіту, призначеного заповідачем, від виконання ним своїх повноважень, якщо він не може забезпечити виконання волі заповідача. Якщо заповідач не призначив виконавця заповіту або якщо особа, яка була ним призначена, відмовилася від виконання заповіту або була усунена від виконання заповіту, спадкоємці мають право обрати виконавця з числа спадкоємців або призначити виконавцем заповіту іншу особу. Якщо спадкоємці не можуть досягти згоди щодо призначення виконавця заповіту, він на вимогу одного із них може бути призначений судом.

Виконавець заповіту може бути призначений нотаріусом за місцем відкриття спадщини, якщо заповідач не призначив виконавця заповіту або якщо виконавець заповіту відмовився від виконання заповіту чи був усунений від його виконання і якщо цього потребують інтереси спадкоємців.

Виконавець заповіту зобов'язаний:

1) вжити заходів щодо охорони спадкового майна;

2) вжити заходів щодо повідомлення спадкоємців, відказоодержувачів, кредиторів про відкриття спадщини;

3) вимагати від боржників спадкодавця виконання ними своїх зобов'язань;

4) управляти спадщиною;

5) забезпечити одержання кожним із спадкоємців частки спадщини, яка визначена у заповіті;

6) забезпечити одержання частки у спадщині особами, які мають право на обов'язкову частку у спадщині.

Виконавець заповіту зобов'язаний забезпечити виконання спадкоємцями дій, до яких вони були зобов'язані заповітом. Повноваження виконавця заповіту посвідчуються документом, який видається нотаріусом за місцем відкриття спадщини.

Повноваження виконавця заповіту тривають до повного здійснення волі спадкодавця, яка виражена у заповіті. Чинність повноважень виконавця заповіту припиняється нотаріусом за місцем відкриття спадщини за погодженням із спадкоємцями та відказоодержувачами. Після припинення повноважень виконавець заповіту повинен повернути нотаріусові документ, який був йому виданий (ч. З ст. 1290 ЦК України). Уразі неповернення виконавцем заповіту документа, який засвідчував його повноваження, спадкоємці мають право витребувати документ, а також вимагати відшкодування завданих їм збитків.

Спадкоємець, який прийняв спадщину, може одержати свідоцтво про право на спадщину. Якщо спадщину прийняло кілька спадкоємців, свідоцтво про право на спадщину видається кожному з них із визначенням імені та часток у спадщині інших спадкоємців. Відсутність свідоцтва про право на спадщину не позбавляє спадкоємця права на спадщину.

Спадкоємець, який прийняв спадщину, у складі якої є нерухоме майно, зобов'язаний звернутися до нотаріуса за видачею йому свідоцтва про право на спадщину на нерухоме майно. Якщо спадщину прийняло кілька спадкоємців, свідоцтво про право на спадщину видається на ім'я кожного з них, із зазначенням імені та частки у спадщині інших спадкоємців.

Свідоцтво про право на спадщину видається спадкоємцям після закінчення шести місяців з часу відкриття спадщини.

Якщо заповіт складено на користь зачатої, але ще не народженої дитини, вихача свідоцтва про право на спадщину і розподіл спадщини між усіма спадкоємцями може відбутися лише після народження дитини. Це положення засто-

совується також щодо дитини, зачатої за життя спадкодавця, але народженої після його смерті, у разі спадкування за законом. До закінчення строку на прийняття спадщини нотаріус може видати спадкоємцеві дозвіл на одержання частини вкладу спадкодавця у банку (фінансовій установі), якщо це викликано обставинами, які мають істотне значення.

Якщо у складі спадщини, яку прийняв спадкоємець, є нерухоме майно, спадкоємець зобов'язаний зареєструвати право на спадщину в органах, які здійснюють державну реєстрацію нерухомого майна (ст. 182 ЦК України). Право власності на нерухоме майно виникає у спадкоємця з моменту державної реєстрації цього майна.

За згодою всіх спадкоємців, які прийняли спадщину, нотаріус за місцем відкриття спадщини може внести зміни до свідоцтва про право на спадщину. На вимогу одного із спадкоємців за рішенням суду можуть бути внесені зміни до свідоцтва про право на спадщину. У випадках, встановлених частинами 1 і 2 ст. 1300 ЦК України, нотаріус видає спадкоємцям нові свідоцтва про право на спадщину.

Свідоцтво про право на спадщину визнається недійсним за рішенням суду, якщо буде встановлено, що особа, якій воно видане, не мала права на спадкування, а також в інших випадках, встановлених законом.

За **спадковим договором** одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача) і в разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача.

Відчужувачем у спадковому договорі може бути подружжя, один із подружжя або інша особа. Набувачем у спадковому договорі може бути фізична або юридична особа.

Спадковий договір укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню.

Набувач у спадковому договорі може бути зобов'язаний вчинити певну дію майнового або немайнового характеру до відкриття спадщини або після її відкриття.

Предметом спадкового договору може бути майно, яке належить подружжю на праві спільної сумісної власності, а також майно, яке є особистою власністю будь-кого з подружжя. Спадковим договором може бути встановлено, що в разі смерті одного з подружжя спадщина переходить до другого, а в разі смерті другого з подружжя його майно переходить до набувача за договором.

На майно, визначене у спадковому договорі, нотаріус, який посвідчив цей договір, накладає заборону відчуження. Заповіт, який відчужувач склав щодо майна, вказаного у спадковому договорі, є нікчемним. Відчужувач має право призначити особу, яка буде здійснювати контроль за виконанням спадкового договору після його смерті. У разі відсутності такої особи контроль за виконанням спадкового договору здійснює нотаріус за місцем відкриття спадщини.

Спадковий договір може бути розірвано судом на вимогу відчужувача у разі невиконання набувачем його розпоряджень. Спадковий договір може бути розірвано судом на вимогу набувача у разі неможливості виконання ним розпоряджень відчужувача.

6 Цивільно-процесуальне законодавство

6.1. Дія цивільного процесуального закону в часі, просторі та по колу осіб. Межі судового розгляду.

Цивільне судочинство здійснюється відповідно до Конституції України, Цивільного процесуального кодексу України та Закону України «Про міжнародне приватне право».

Якщо міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, передбачено інші правила, ніж встановлені Цивільним процесуальним кодексом, застосовуються правила міжнародного договору.

Провадження у цивільних справах здійснюється відповідно до законів, чинних на час вчинення окремих процесуальних дій, розгляду і вирішення справи.

Суд вирішує справи відповідно до Конституції України, законів України та міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Суд застосовує інші нормативно-правові акти, прийняті відповідним органом на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що встановлені Конституцією та законами України.

У разі виникнення у суду сумніву під час розгляду справи щодо відповідності закону чи іншого правового акта Конституції України, вирішення питання про конституційність якого належить до юрисдикції Конституційного Суду України, суд звертається до Верховного Суду України для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного Суду України подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта.

Уразі невідповідності правового акта закону України або міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, суд застосовує акт законодавства, який має вищу юридичну силу.

У разі невідповідності закону України міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, суд застосовує міжнародний договір.

Норми права інших держав суд застосовує у разі, коли це встановлено законом України чи міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

Якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого — суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права).

Забороняється відмова у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини.

Закон, який встановлює нові обов'язки, скасовує чи звужує права, належні учасникам цивільного процесу, чи обмежує їх використання, не має зворотної дії в часі

6.2. Принципи цивільного процесуального права.

Серед принципів цивільного процесуального права слід назвати:

— **принцип здійснення правосуддя на засадах поваги до честі і гідності, рівності перед законом і судом.** Суд зобов'язаний поважати честь і гідність усіх учасників цивільного процесу і здійснювати правосуддя на засадах їх рівності перед законом і судом незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місвл проживання, мовних та інших ознак;

— **принцип гласності та відкритості судового розгляду. Розгляд справ у всіх судах проводиться усно і відкрито.** Ніхто не може бути позбавлений права на інформацію про час і місце розгляду своєї справи. Закритий судовий розгляд допускається **у** разі, якщо відкритий розгляд може привести до розголошення державної **або** іншої таємниці, яка охороняється законом, а також за клопотанням осіб, **які** беруть участь у справі, з метою забезпечення таємниці усиновлення, запобігання розголошенню відомостей про інтимні чи інші особисті сторони життя осіб, **які** беруть участь у справі, або відомостей, що принижують їх честь і гідність. Особисті папери, листи, записи телефонних розмов, телеграми та інші види кореспонденції можуть бути оголошені у судовому засіданні тільки за згодою осій визначених Цивільним кодексом України. Це правило застосовується дослідженні звуко- і відеозаписів такого самого характеру.

При розгляді справ у закритому судовому засіданні мають право бути присутні особи, які беруть участь у справі, а у разі необхідності — свідки, експерти, спеціалісти і перекладачі. Розгляд справи у закритому судовому засіданні проводиться **і** додержанням усіх правил цивільного судочинства. Про розгляд справи в закритому судовому засіданні суд зобов'язаний постановити мотивовану ухвалу в нарадчій кімнаті, яка оголошується негайно.

Учасники цивільного процесу та інші особи, присутні на відкритому судов засіданні, мають право робити письмові записи, а також використовувати портативні аудіотехнічні пристрої. Проведення в залі судового засідання фото- і кінозйомки, відео-, звукозапису із застосуванням стаціонарної апаратури, а також транслювання судового засідання по радіо і телебаченню допускаються **на** підставі ухвали суду за наявності згоди на це осіб, які беруть участь у справі.

Рішення суду проголошується прилюдно, крім випадків, коли розгляд проводився у закритому судовому засіданні. Особи, які беруть участь у справі, а також особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права, свободи чи обов'язки, мають право на отримання в суді усної або письмової інформації про результати розгляду відповідної справи. Особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права, свободи чи обов'язки, мають право знайомитися з матеріалами справи, робити з них витяги, знімати копії з документів, долучених до справи, одержувати копії рішень і ухвал.

Хід судового засідання фіксується технічними засобами. Офіційним записом судового засідання є лише технічний запис, зроблений судом;

— **принцип здійснення цивільного судочинства державною мовою.** Особи, які руть участь у справі і не володіють або недостатньо володіють державною мовою.

у порядку, встановленому цим Кодексом, мають право робити заяви, давати пояснення, виступати в суді і заявляти клопотання рідною мовою або мовою, якою вони володіють, користуючись при цьому послугами перекладача, в порядку, встановленому Цивільним процесуальним кодексом. Судові документи складаються державною мовою;

— **принцип змагальності сторін.** Сторони та інші особи, які беруть участь у справі, мають рівні права щодо подання доказів, їх дослідження та доведення пе ред судом їх переконливості. Кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, крім випадків, вста новлених ЦПК України.

Суд сприяє всебічному і повному з'ясуванню обставин справи: роз'яснює особам, які беруть участь у справі, їх права та обов'язки, попереджує про наслідки вчинення або невчинення процесуальних дій і сприяє здійсненню їхніх прав у випадках, встановлених ЦПК України;

—**принцип диспозитивності цивільного судочинства.** Суд розглядає цивільні справи не інакше як за зверненням фізичних чи юридичних осіб, поданим з лповідно до ЦПК України, в межах заявлених ними вимог і на підставі доказів сторін та інших осіб, які беруть участь у справі. Особа, яка бере участь у справі, розпоряджається своїми правами щодо предмета спору на власний розсуд. Таке право мають також особи (за винятком тих осіб, які не мають цивільної процесу-:~:ьної дієздатності), в інтересах яких заявлено вимоги. Суд залучає відповідний орган чи особу, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, якщо дії законного представника суперечать інтересам особи, яку він представляє;

—**принцип забезпечення права на правову допомогу.** Особа, яка бере участь у .г.раві, має право на правову допомогу, яка надається адвокатами або іншими фахівцями у галузі права в порядку, встановленому законом;

—**принцип забезпечення апеляційного і касаційного оскарження судових рішень.** Особи, які беруть участь у справі, а також особи, які не беруть участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права та обов'язки, мають право на апеляційне та касаційне оскарження судових рішень у випадках та порядку, встановлених Цивільним процесуальним кодексом;

—**принцип обов'язковості судових рішень.** Судові рішення, що набрали законної сили, обов'язкові для всіх органів державної влади і органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, посадових чи службових осіб та громадян і підлягають виконанню на всій території України, а у випадках, встановлених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, — і за її межами. Невиконання судового рішення є -„ставою для відповідальності, встановленої законом. Обов'язковість судового рішення не позбавляє осіб, які не брали участі у справі, можливості звернутися до оду, якщо ухваленим судовим рішенням порушуються їхні права, свободи чи інтереси;

—**принцип доступності правосуддя.** Цивільний процесуальний кодекс гарантує кожному право в порядку, встановленому Цивільним процесуальним кодексом, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів. У випадках, встановлених законом, до суду можуть вертатися органи та особи, яким надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, або державні чи суспільні інтереси. Відмова від права на звернення до суду за захистом є недійсною.

6.3. Підвідомчість та підсудність цивільних справ. Види підвідомчості та підсудності.

Термін «підвідомчість» новий ЦПК України не використовує, змінивши його на термін «компетенція». Але перший термін використовувався старим ІПК України, другий — новим для позначення одного й того ж питання: розмежування компетенції між загальними і спеціалізованими судами щодо розгляду різних категорій справ.

Відповідно до Конституції України і Закону України «Про судоустрій Украї від 7 лютого 2002 р. № 3018-Ш, судову систему України складають суди загально» юрисдикції та Конституційний Суд України. Суди загальної юрисдикції утворюють єдину систему судів. Конституційний Суд України є єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні. Це перший поділ всієї системи судів України на дві великі підсистеми: систему судів загальної юрисдикції і систему судів конституційної юрисдикції.

Загальні суди розглядають такі справи:

—цивільні;

—кримінальні;

—справи про адміністративні правопорушення;

—адміністративні справи;

—господарські справи.

Цивільні, кримінальні і справи про адміністративні правопорушення розг даються загальними неспеціалізованими судами. Для розгляду господарська адміністративних справ через їх специфічність створено ще дві підсистеми в [x] : жах системи загальних судів:

—система господарських судів;

—система адміністративних судів.

Разом вони утворюють систему спеціалізованих судів.

Зобразимо у вигляді Таблиці розмежування компетенції з розгляду справ між загальними неспеціалізованими і загальними спеціалізованими судами (диж. схему на наст. стор.).

Так можна зобразити розмежування компетенції (визначення підвідомчою: між різними видами судів.

Поняття «підсудність» використовується як у старому, так і в новому ЦПК України, і означає, які справи розглядають суди кожної з інстанцій, а також у межах інстанцій у порядку цивільного судочинства. Так, відповідно до правил підсудності, усі справи, що підлягають вирішенню в порядку цивільного судочинства, розглядаються районними, районними у містах, міськими та міськрайоннимм судами.

Підсудність цивільних справ, у яких однією зі сторін є суд або суддя цього суду, визначається ухвалою судді суду вищої інстанції без виклику стор ::- Підсудність справ, у яких однією зі сторін є Верховний Суд України або суддя цього суду, визначається за загальними правилами підсудності.

Позови до фізичної особи пред'являються в суд за місцем її проживання Позови до юридичних осіб пред'являються в суд за їхнім місцезнаходженням.

Позови про стягнення аліментів, про визнання батьківства відповідача, позови, що виникають з трудових правовідносин, можуть пред'являтися за місцем проживання позивача.

Позови про розірвання шлюбу можуть пред'являтися за місцем проживання позивача також у разі, якщо на його утриманні є малолітні або неповнолітні дітя

		Хто може звернутися	За характером спору
Загальні неспеціалізовані суди	В порядку цивільного судочинства	фізичні та юридичні особи без обмежень	справи, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин, а також з інших правовідносин
Загальні спеціалізовані суди	**Адміністративні суди**	фізичні та юридичні особи без обмежень	спори: з суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень, дій чи бездіяльності; з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби; між суб'єктами владних повноважень з приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління; з приводу адміністративних договорів; щодо правовідносин, пов'язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму
	Господарські суди	учасники господарської діяльності; прокурори та їх заступники, які звертаються до господарського суду в інтересах держави	справи у спорах, що виникають при укладанні, зміні, розірванні і виконанні господарських договорів та з інших підстав; справи про банкрутство; справи за заявами органів Антимонопольного комітету України, Рахункової палати з питань, віднесених законодавчими актами до їх компетенції
Суди конституційної юрисдикції	**Конституційний Суд України**	громадяни України, іноземці, особи без громадянства та юридичні особи	офіційне тлумачення Конституції України та законів України з метою забезпечення реалізації чи захисту конституційних прав та свобод людини і громадянина, а також прав юридичної особи

або якщо він не може за станом здоров'я чи з інших поважних причин виїхати до місця проживання відповідача. За домовленістю подружжя справа може розглядатися за місцем проживання будь-кого з них.

Позови про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи, чи шкоди, завданої внаслідок вчинення злочину, можуть пред'являтися також за місцем проживання позивача чи за місцем завдання шкоди.

Позови, пов'язані з відшкодуванням шкоди, завданої особі незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу дізнання, досудового слідства, прокуратури або суду, можуть пред'являтися також за місцем проживання позивача.

Позови про захист прав споживачів можуть пред'являтися також за місцем проживання споживача або за місцем заподіяння шкоди чи виконання договору.

Позови про відшкодування шкоди, завданої майну фізичних або юридичних осіб, можуть пред'являтися також за місцем завдання шкоди.

Позови, що виникають з діяльності філії або представництва юридичної особи, можуть пред'являтися також за їх місцезнаходженням.

Позови, що виникають з договорів, у яких зазначено місце виконання або виконувати які через їх особливість можна тільки в певному місці, можуть пред'являтися також за місцем виконання цих договорів.

Позови до відповідача, місце проживання якого невідоме, пред'являються за місцезнаходженням майна відповідача чи за місцем його перебування або за

останнім відомим місцем проживання відповідача чи постійного його заняття (роботи).

Позови до відповідача, який не має в Україні місця проживання, можуть пред'являтися за місцезнаходженням його майна або за останнім відомим місцем його проживання чи перебування в Україні. Місцезнаходження майна та останнє відоме місце проживання чи перебування відповідача повинні бути в кожному випадку достовірно встановлені.

Позови про відшкодування збитків, завданих зіткненням суден, а також про стягнення сум винагороди за рятування на морі можуть пред'являтися за місцезнаходженням судна відповідача або порту реєстрації судна.

Позови до стягувача про визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню, або про повернення стягненого за виконавчим написом нотаріуса можуть пред'являтися також за місцем його виконання.

Позивач має право на вибір між кількома судами, яким підсудна справа, за винятком виключної підсудності.

Підсудність справи про спір між громадянами України, якщо обидві сторони проживають за її межами, за клопотанням позивача визначається ухвалою судді Верховного Суду України. У такому самому порядку визначається підсудній справи про розірвання шлюбу між громадянином України та іноземцем або особою без громадянства, які проживають за межами України.

Сторони мають право письмово визначити територіальну підсудність справи крім справ, для яких встановлена виключна підсудність.

Позови до кількох відповідачів, які проживають або знаходяться в різних місцях, пред'являються за місцем проживання або місцезнаходженням одного з відповідачів за вибором позивача.

Зустрічний позов незалежно від його підсудності пред'являється в суді за місцем розгляду первісного позову.

Позови, що виникають з приводу нерухомого майна, пред'являються за місцезнаходженням майна або основної його частини.

Позови про виключення майна з опису пред'являються за місцезнаходженням цього майна або основної його частини.

Позови кредиторів спадкодавця, що подаються до прийняття спадщини спадкоємцями, пред'являються за місцезнаходженням спадкового майна або основної його частини.

Позови до перевізників, що виникають з договорів перевезення вантажів, пасажирів, багажу, пошти, пред'являються за місцезнаходженням перевізника

Якщо суддя, вирішуючи питання про відкриття провадження у справі, встановить, що справа не підсудна цьому суду, заява повертається позивачеві для подання до належного суду, про що постановляється ухвала. Ухвала суду разом із заявою та всіма додатками до неї надсилаються позивачеві.

Суд передає справу на розгляд іншому суду, якщо:

1) задоволено клопотання відповідача, місце проживання якого раніше не було відоме, про передачу справи за місцем його проживання або місцезнаходженням;

2) після відкриття провадження у справі і до початку судового розгляду виявилося, що заяву було прийнято з порушенням правил підсудності;

3) після задоволення відводів (самовідводів) неможливо утворити новий склад суду для розгляду справи;

4) ліквідовано суд, який розглядав справу.

Передача справи з одного суду до іншого здійснюється на підставі ухвали судупісля закінчення строку на її оскарження, а в разі подання скарги — після зашення її без задоволення.

Забороняється передавати до іншого суду справу, яка розглядається судом, за винятком випадків, встановлених Цивільним процесуальним кодексом України. Спори між судами про підсудність не допускаються.

6.4. Докази та засоби доказування. Обов'язковість доказування. Строки подання доказів у цивільному процесі. Оцінка доказів. Робота адвоката щодо забезпечення доказами позовних вимог.

Доказами є будь-які фактичні дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи. Ці дані встановлюються на підставі пояснень сторін, третіх осіб, їхніх представників, допитаних як свідків, показань свідків, письмових доказів, речових доказів, зокрема звуко- і відеозаписів, висновків експертів.

Належними є докази, які містять інформацію щодо предмета доказування. Сторони мають право обґрунтовувати належність конкретного доказу для підтвердження їхніх вимог або заперечень. Суд не бере до розгляду докази, які не стосуються предмета доказування.

Крім того, Цивільним процесуальним кодексом України передбачена вимога щодо допустимості доказів. Так, суд не бере до уваги докази, які одержані з порушенням порядку, встановленого законом. Обставини справи, які за законом мають бути підтверджені певними засобами доказування, не можуть підтверджуватися іншими засобами доказування.

Кожна сторона зобов'язана довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень, крім випадків, встановлених Кодексом. Докази подаються сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі. Доказуванню підлягають обставини, які мають значення для ухвалення рішення у справі і щодо яких у сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, виникає спір.

Доказування не може ґрунтуватися на припущеннях.

Обставини, визнані сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі, не підлягають доказуванню.

Доказуванню також не підлягають обставини, визнані судом загальновідомими.

Обставини, встановлені судовим рішенням у цивільній, господарській або адміністративній справі, що набрало законної сили, не доказуються при розгляді інших справ, у яких беруть участь ті самі особи або особа, щодо якої встановлено ці обставини.

Вирок у кримінальній справі, що набрав законної сили, або постанова суду у справі про адміністративне правопорушення обов'язкові для суду, що розглядає справу про цивільно-правові наслідки дій особи, стосовно якої ухвалено вирок або постанову суду, з питань, чи мали місце ці дії та чи вчинені вони цією особою. Сторони, треті особи та їхні представники за їх згодою можуть бути допитані жх як свідки про відомі їм обставини, що мають значення для справи.

Показання свідка — це повідомлення про відомі йому обставини, які мають значення для справи. Не є доказом показання свідка, який не може назвати джерела своєї обізнаності щодо певної обставини.

Письмовими доказами є будь-які документи, акти, довідки, листування службового або особистого характеру або витяги з них, що містять відомості про

обставини, які мають значення для справи. Письмові докази, як правило, подаються в оригіналі. Якщо подано копію письмового доказу, суд за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, має право вимагати подання оригіналу.

Речовими доказами є предмети матеріального світу, що містять інформацію про обставини, які мають значення для справи. Речовими доказами є також магнітні, електронні та інші носії інформації, що містять аудіовізуальну ін формацію про обставини, що мають значення для справи.

Висновок експерта — докладний опис проведених експертом досліджень зроблені у результаті них висновки та обґрунтовані відповіді на питання, задані судом.

Сторони зобов'язані подати свої докази чи повідомити про них суд до або під час попереднього судового засідання у справі. Докази подаються у строк, встановлений судом з урахуванням часу, необхідного для подання доказів. Докази, подані з порушенням вимог, встановлених ч. 1 ст. 131 Кодексу, не приймаються, якщо сторона не доведе, що докази подано несвоєчасно з поважних причин.

Суд, який розглядає справу, в разі необхідності збирання доказів за межами його територіальної підсудності доручає відповідному суду провести певні процесуальні дії. В ухвалі про судове доручення коротко викладається суть справи,що розглядається, зазначаються особи, які беруть у ній участь, обставини, що підлягають з'ясуванню, докази, які повинен зібрати суд, що виконує доручення, перелік питань, поставлених особам, які беруть участь у справі, та судом свідку.Ця ухвала обов'язкова для суду, якому вона адресована.

Судове доручення виконується у судовому засіданні за правилами, встановленими цим Кодексом. Суд повідомляє осіб, які беруть участь у справі, про час і місце засідання. їхня присутність не є обов'язковою.

Протоколи і всі зібрані при виконанні доручення матеріали негайно пересилаються до суду, який розглядає справу.

Якщо свідки, які дали показання суду, що виконував доручення, прибудуть у суд, який розглядає справу, вони дають показання у загальному порядку.

6.5. Забезпечення позову і забезпечення доказів. Діяльність адвоката з цих питань.

Особи, які беруть участь у справі і вважають, що подання потрібних доказів є неможливим або у них є складнощі в поданні цих доказів, мають право заявити клопотання про забезпечення цих доказів.

Способами забезпечення судом доказів є допит свідків, призначення експертизи, витребування та (або) огляд доказів, у тому числі за їх місцезнаходженням. У необхідних випадках судом можуть бути застосовані інші способи забезпечення доказів.

За заявою заінтересованої особи суд може забезпечити докази до пред'явлення нею позову.

У разі подання заяви про забезпечення доказів до подання позовної заяви заявник повинен подати позовну заяву протягом десяти днів з дня постановлення ухвали про забезпечення доказів. У разі неподання позовної заяви у зазначений строк особа, яка подала заяву про забезпечення доказів, зобов'язана відшкоду ти судові витрати, а також збитки, заподіяні у зв'язку із забезпеченням доказів.

У заяві про забезпечення доказів повинні бути зазначені: докази, які необхідно забезпечити; обставини, що можуть бути підтверджені цими доказами обставини, які свідчать про те, що подання потрібних доказів може стати немож -

ливим або ускладненим, а також справа, для якої потрібні ці докази або з якою метою потрібно їх забезпечити.

Заява про забезпечення доказів розглядається судом, який розглядає справу, а якщо позов ще не пред'явлено, — місцевим загальним судом, у межах територіальної підсудності якого можуть бути вчинені процесуальні дії щодо забезпечення доказів.

Заява про забезпечення доказів розглядається протягом п'яти днів з дня її надходження з повідомленням сторін та інших осіб, які беруть участь у справі. Присутність цих осіб не є обов'язковою.

У разі обґрунтованої вимоги заявника, а також якщо не можна встановити, до кого може бути згодом пред'явлено позов, заява про забезпечення доказів розглянеться судом невідкладно лише за участю заявника.

Питання про забезпечення доказів вирішується ухвалою. Оскарження ухвали про забезпечення доказів не зупиняє її виконання, а також не перешкоджає розгляду справи.

Якщо після вчинення процесуальних дій щодо забезпечення доказів позовну заяву подано до іншого суду, протоколи та інші матеріали щодо забезпечення : жазів надсилаються до суду, який розглядає справу.

У заяві про виклик свідка зазначаються його ім'я, місце проживання (перебування) або місце роботи, обставини, які він може підтвердити.

У випадках, коли щодо отримання доказів у сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, є складнощі, суд за їх клопотанням зобов'язаний витребувати такі докази.

У заяві про витребування доказів має бути зазначено, який доказ вимагається, підстави, за яких особа вважає, що доказ знаходиться в іншої особи, обставини, які може підтвердити цей доказ.

Докази, які вимагає суд, направляються до суду безпосередньо. Суд може також уповноважити заінтересовану особу, яка бере участь у справі, одержати доказ оя представлення його суду.

Особи, які не мають можливості подати доказ, який вимагає суд, взагалі або у встановлені судом строки, зобов'язані повідомити про це суд із зазначенням причин протягом п'яти днів з дня отримання ухвали.

За неповідомлення суду про неможливість подати докази, а також за неподання доказів, у тому числі і з причин, визнаних судом неповажними, винні особи несуть відповідальність, встановлену законом.

Притягнення винних осіб до відповідальності не звільняє їх від обов'язку почати суду докази.

За клопотанням сторони суд інформує в судовому засіданні про виконання мого вимог щодо витребування доказів.

Оригінали письмових доказів до набрання судовим рішенням законної сили повертаються судом за клопотанням осіб, які їх подали, якщо це можливо без шкоди для розгляду справи. У справі залишається засвідчена суддею копія письмового доказу.

Речові докази до набрання рішенням законної сили зберігаються у справі або за окремим описом здаються до камери схову речових доказів суду. Речові докази, що не можуть бути доставлені до суду, зберігаються за їх місцезнаходженням за ухвалою суду; вони повинні бути докладно описані та опечатані, а в разі необхідності — сфотографовані. Суд вживає заходів для забезпечення зберігання речових доказів у незмінному стані.

Речові та письмові докази, які не можна доставити в суд, оглядаються за їх Місцезнаходженням. Про час і місце огляду доказів за їх місцезнаходженням

повідомляються особи, які беруть участь у справі. Неявка цих осіб не є перешкодою для проведення огляду. У разі необхідності, в тому числі за клопотанням особи, яка бере участь у справі, для участі в огляді доказів за їх місцезнаходженням можуть бути залучені свідки, перекладачі, експерти, спеціалісти, а також здійснено фотографування, звуко- і відеозапис. Про огляд доказів за їх місцезнаход ням складається протокол, що підписується всіма особами, які беруть участь в огляді. До протоколу додаються разом з описом усі складені або звірені під час огляду на місці плани, креслення, копії документів, а також зроблені під час огляду фотознімки письмових і речових доказів, відеозаписи тощо. Особи, які беруї; участь в огляді доказів за їх місцезнаходженням, мають право робити свої зауваження щодо протоколу огляду.

Продукти та інші речові докази, що швидко псуються, негайно оглядаютьсж судом з повідомленням про призначений огляд осіб, які беруть участь у справі. Неявка цих осіб не перешкоджає огляду речових доказів. У разі необхідності, в тому числі за клопотанням особи, яка бере участь у справі, для участі в огляді продуктів та інших речових доказів, що швидко псуються, може бути залучено свідків, перекладачів, експертів, спеціалістів, а також здійснено фотографування і відеозапис.

Речові докази після огляду та дослідження їх судом повертаються особам.від яких вони були одержані, якщо останні заявили про це клопотання і якщо його задоволення можливе без шкоди для розгляду справи. Речові докази, що є об'єктами, які вилучені з цивільного обороту або обмежено оборотоздатні, передаються відповідним підприємствам, установам або організаціям. За клопотанням державних експертних установ такі речові докази можуть бути передані їм для використання в експертній та науковій роботі у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Речові докази повертаються особам, від яких вони були одержані, або передаються особам, за якими суд визнав право на ці речі після набрання рішенням суду законної сили.

Для з'ясування обставин, що мають значення для справи і потребують спеціальних знань у галузі науки, мистецтва, техніки, ремесла тощо, суд призизначає експертизу за заявою осіб, які беруть участь у справі.

Якщо сторони домовилися про залучення експертами певних осіб, суд повинен призначити їх відповідно до цієї домовленості.

Особи, які беруть участь у справі, мають право подати суду питання, на які потрібна відповідь експерта. Кількість і зміст питань, за якими має бути проведена експертиза, визначається судом. При цьому суд має мотивувати відхилення питань осіб, які беруть участь у справі.

Особи, які беруть участь у справі, мають право просити суд провести експертизу у відповідній судово-експертній установі, доручити її конкретному експерту заявляти відвід експерту, давати пояснення експерту, знайомитися з висновком експерта, просити суд призначити повторну, додаткову, комісійну або комплексну експертизу.

Якщо проведення експертизи доручено спеціалізованій експертній установі. її керівник має право доручити проведення експертизи одному або кільком експертам, створювати комісії з експертів керованої ним установи, якщо судом не визначено конкретних експертів, у разі потреби замінювати виконавців експертизи, заявити клопотання щодо організації проведення досліджень поза межами експертної установи.

Експертиза призначається ухвалою суду, де зазначаються: підстави та строк для проведення експертизи; з яких питань потрібні висновки експертів, ім'я екс-

перта або найменування експертної установи, експертам якої доручається проведення експертизи; об'єкти, які мають бути досліджені; перелік матеріалів, що передаються для дослідження, а також попередження про відповідальність експерта за завідомо неправдивий висновок та за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків.

Якщо експертизу призначено експертам кількох установ, в ухвалі про її призначення зазначається найменування провідної установи, на яку покладається проведення експертизи. Якщо проведення експертизи доручається експертній установі та особі, яка не є працівником цієї установи, провідною визнається експертна установа. Ухвала про призначення експертизи направляється в кожну установу — виконавцям, а також особі, яка не є працівником експертної установи. Об'єкти дослідження та матеріали справи направляються провідній установі.

При визначенні об'єктів та матеріалів, що підлягають направленню на експертизу, суд у необхідних випадках вирішує питання щодо відібрання відповідних зразків.

Якщо цього вимагають особливі обставини справи, суд може заслухати експерта щодо формулювання питання, яке потребує з'ясування, проінструктувати його про доручене завдання і за його клопотанням дати відповідні роз'яснення щодо сформульованих питань. Про вчинення цих дій повідомляються особи, які беруть участь у справі і які мають право брати участь у їх вчиненні.

Призначення експертизи є обов'язковим у разі заявлення клопотання про призначення експертизи обома сторонами. Призначення експертизи є обов'язковим також за клопотанням хоча б однієї зі сторін, якщо у справі необхідно встановити:

1) характер і ступінь ушкодження здоров'я;

2) психічний стан особи;

3) вік особи, якщо про це немає відповідних документів і неможливо їх одержати.

У разі ухилення особи, яка бере участь у справі, від подання експертам необхідних матеріалів, документів або від іншої участі в експертизі, якщо без цього провести експертизу неможливо, суд залежно від того, хто із цих осіб ухиляється, а також яке для них ця експертиза має значення, може визнати факт, для з'ясування якого експертиза була призначена, або відмовити у його визнанні.

У разі ухилення відповідача від проведення судово-біологічної (судово-генетичної) експертизи у справах про визнання батьківства, материнства суд має право постановити ухвалу про примусовий привід на проведення такої експертизи.

Експертиза проводиться в суді або поза судом, якщо це потрібно у зв'язку з характером досліджень або якщо об'єкт досліджень неможливо доставити до суду.

Експерт дає у письмовій формі свій мотивований висновок, який приєднується до справи. Суд має право за заявою осіб, які беруть участь у справі, або з власної ініціативи запропонувати експерту дати усне пояснення свого висновку. Усне пояснення заноситься до журналу судового засідання.

У висновку експерта повинно бути зазначено: коли, де, ким (ім'я, освіта, спеціальність, свідоцтво про присвоєння кваліфікації судового експерта, стаж експертної роботи, науковий ступінь, вчене звання, посада експерта), на якій підставі була проведена експертиза, хто був присутній при проведенні експертизи, питання, що були поставлені експертові, які матеріали експерт використав, докладний опис проведених досліджень, зроблені в результаті їх висновки і обґрунтовані відповіді на поставлені судом питання.

У висновку експерта обов'язково повинно бути зазначено, що його попереджено про відповідальність за завідомо неправдивий висновок та за відмову без зажних причин від виконання покладених на нього обов'язків.

Якщо експерт під час проведення експертизи встановить обставини, що мають значення для справи, з приводу яких йому не були поставлені питання, він має право свої міркування про ці обставини включити до свого висновку.

Незгода суду з висновком експерта повинна бути мотивована в рішенні або ухвалі.

Комісійна експертиза проводиться не менш як двома експертами одного напряму знань. Якщо за результатами проведених досліджень думки експертів збігаються, вони підписують єдиний висновок. Експерт, не згодний з висновком іншого експерта (експертів), дає окремий висновок з усіх питань або з питань, які викликали розбіжності.

Комплексна експертиза проводиться не менш як двома експертами різних галузей знань або різних напрямів у межах однієї галузі знань. У висновку експертів зазначається, які дослідження і в якому обсязі провів кожний експерт, які факти він встановив і яких висновків дійшов. Кожен експерт підписує ту частину висновку, яка містить опис здійснених ним досліджень, і несе за неї відповідальність. Загальний висновок роблять експерти, компетентні в оцінці отриманих результатів і формулюванні єдиного висновку.

Якщо висновок експерта буде визнано неповним або неясним, судом може бути призначена додаткова експертиза, яка доручається тому самому або іншому експерту (експертам).

Якщо ж висновок експерта буде визнано необґрунтованим або таким, що суперечить іншим матеріалам справи або викликає сумніви в його правильності, судом може бути призначена повторна експертиза, яка доручається іншому експертові (експертам).

Суд за заявою осіб, які беруть участь у справі, може вжити заходів забезпечення позову. У заяві про забезпечення позову повинно бути зазначено:

1) причини, у зв'язку з якими потрібно забезпечити позов;

2) вид забезпечення позову, який належить застосувати, з обґрунтуванням його необхідності;

3) інші відомості, потрібні для забезпечення позову.

Забезпечення позову допускається на будь-якій стадії розгляду справи, якщо невжиття заходів забезпечення може утруднити чи зробити неможливим виконання рішення суду.

За заявою заінтересованої особи суд може забезпечити позов до подання позовної заяви з метою запобігання порушенню права інтелектуальної власності. До заяви про забезпечення позову додаються документи та інші докази, які підтверджують, що саме ця особа є суб'єктом відповідного права інтелектуальної власності і що її права можуть бути порушені у разі невжиття заходів забезпечення позову. До заяви додаються також її копії відповідно до кількості осіб, щодо яких просять вжити заходів забезпечення позову.

У разі подання заяви про забезпечення позову до подання позовної заяви заявник повинен подати відповідну позовну заяву протягом десяти днів з дня постановлення ухвали про забезпечення позову.

Позов забезпечується:

1) накладенням арешту на майно або грошові кошти, що належать відповідачеві і знаходяться у нього або в інших осіб;

2) забороною вчиняти певні дії;

3) встановленням обов'язку вчинити певні дії;

4) забороною іншим особам здійснювати платежі або передавати майн відповідачеві чи виконувати щодо нього інші зобов'язання;

5) зупиненням продажу описаного майна, якщо подано позов про право власності на це майно або про виключення його з опису;

6) зупиненням стягнення на підставі виконавчого документа, який оскаржується боржником у судовому порядку;

7) передачею речі, яка є предметом спору, на зберігання іншим особам.

У разі необхідності судом можуть бути застосовані інші види забезпечення позову. Суд може застосувати кілька видів забезпечення позову.

Види забезпечення позову мають бути співмірними із заявленими позивачем вимогами.

Не допускається забезпечення позову шляхом накладення арешту на заробітну плату, пенсію та стипендію, допомогу по загальнообов'язковому державному соціальному страхуванню, яка виплачується у зв'язку з тимчасовою непрацездатністю (включаючи догляд за хворою дитиною), вагітністю та пологами, по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку, на допомогу, яка виплачується касами взаємодопомоги, благодійними організаціями, а також на вихідну допомогу, допомогу по безробіттю. Ця вимога не поширюється на позови про стягнення аліментів, про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи, про відшкодування збитків, завданих злочином.

Не може бути накладено арешт на предмети, що швидко псуються.

Не допускається забезпечення позову шляхом зупинення тимчасової адміністрації або ліквідації банку, заборони або встановлення обов'язку вчиняти певні дії тимчасовому адміністратору, ліквідатору банку або Національному банку України при здійсненні тимчасової адміністрації чи ліквідації банку.

Заява про забезпечення позову розглядається судом, у провадженні якого перебуває справа, в день її надходження без повідомлення відповідача та інших осіб, які беруть участь у справі.

Заява про забезпечення позову, подана до подання позовної заяви, розглядається судом не пізніше двох днів з дня її подання. У разі обґрунтованої вимоги заявника заява про забезпечення позову, подана до подання позовної заяви, розглядається лише за його участю без повідомлення особи, щодо якої просять вжити заходів забезпечення позову.

Суд, розглядаючи заяву про забезпечення позову, подану до подання позовної заяви, може вимагати від заявника подати додаткові документи та інші докази, що підтверджують необхідність забезпечення позову.

Суд, допускаючи забезпечення позову, може вимагати від позивача забезпечити його вимогу заставою, достатньою для того, щоб запобігти зловживанню забезпеченням позову, яка вноситься на депозитний рахунок суду. Розмір застави визначається судом з урахуванням обставин справи, але не повинен бути більшим за розмір ціни позову.

Про вжиття заходів забезпечення позову суд постановляє ухвалу, в якій зазначає вид забезпечення позову і підстави його обрання, порядок виконання, розмір застави, якщо така призначена. Копія ухвали надсилається заявнику та заінтересованим особам негайно після її постановлення.

Залежно від обставин справи суд може забезпечити позов повністю або частково.

У разі постановлення ухвали без повідомлення особи, щодо якої просять вжити заходів забезпечення позову, копія ухвали надсилається особі, щодо якої вжито заходів забезпечення позову, негайно після її виконання.

Ухвала про забезпечення позову виконується негайно в порядку, встановлено для виконання судових рішень. У разі забезпечення вимог заявника заставою

ухвала про забезпечення позову звертається до виконання негайно після внесення предмета застави в повному розмірі.

Оскарження ухвали про забезпечення позову не зупиняє її виконання, а також не перешкоджає подальшому розгляду справи.

Оскарження ухвали про скасування забезпечення позову або про заміну одного виду забезпечення іншим зупиняє виконання цієї ухвали.

Особи, винні в порушенні заходів забезпечення позову, несуть відповідальність, встановлену законом.

Суд може за заявою однієї зі сторін і зважаючи на пояснення другої сторони допустити заміну одного способу забезпечення позову іншим. На заміну способу: забезпечення позову за заявою відповідача потрібна згода позивача.

У разі забезпечення позову про стягнення грошових коштів відповідач може з дозволу суду замість допущеного виду забезпечення внести на депозитний рахунок суду суму, зазначену в позовній заяві.

Заходи забезпечення позову можуть бути скасовані судом, який розглядає справу.

Особа, щодо якої вжито заходів забезпечення позову без її повідомлення, протягом десяти днів з дня отримання копії ухвали може подати до суду заяву про їх скасування, яка розглядається судом протягом двох днів.

Питання про скасування заходів забезпечення позову вирішується в судовому засіданні з повідомленням осіб, які беруть участь у справі. Неявка цих осіб не перешкоджає розгляду питання про скасування заходів забезпечення позову.

Якщо у задоволенні позову було відмовлено, провадження у справі закрито або заяву залишено без розгляду, вжиті заходи забезпечення позову застосовуються до набрання судовим рішенням законної сили. Проте суд може одночасно з ухваленням судового рішення або після цього постановити ухвалу про скасування заходів забезпечення позову.

Заходи забезпечення позову, вжиті судом до подання позовної заяви, скасовуються судом також у разі:

1) неподання заявником відповідної позовної заяви;
2) повернення позовної заяви;
3) відмови у відкритті провадження у справі.

У разі скасування заходів забезпечення позову, набрання законної сили рішенням про відмову у задоволенні позову чи ухвалою про закриття провадження у справі або залишення заяви без розгляду особа, щодо якої вжито заходів забезпечення позову, має право на відшкодування збитків, завданих забезпеченням позову.

У разі внесення позивачем предмета застави відшкодування збитків, завданні забезпеченням позову, в першу чергу здійснюється за рахунок предмета застави.

Предмет застави повертається позивачеві, якщо позов про відшкодування збитків не подано протягом двох місяців після настання обставин, визначених кодексом. Також предмет застави повертається позивачеві, якщо набрало законної сили рішення суду про задоволення позову або якщо сторони уклали мирову угоду.

6.6. Запобіжні заходи. Підстави вжиття запобіжних заходів. Види запобіжних заходів. Форма та зміст заяви про вжиття запобіжних заходів і порядок її розгляду судом.

Новий ЦПК України не містить вказівки на можливість використання запобіжних заходів, як це робив старий кодекс. У Цивільному процесуальному кодексі 1963 р. передбачалося, що особа, яка має підстави вважати, що її права порушені або існує реальна загроза їх порушення, має право звернутися до суду з заявою про вжиття запобіжних заходів до пред'явлення позову. Запобіжні заходи включають:

1) огляд приміщень, в яких відбуваються дії, пов'язані з порушенням прав;

2) накладення арешту на майно, що належить особі, щодо якої вжито запобіжні заходи, і знаходиться в неї або в інших осіб.

Заява про вжиття запобіжних заходів повинна була містити:

1) назву суду, до якого подається заява;

2) точну назву заявника і особи, щодо якої просять вжити запобіжних заходів, їх місце проживання або місцезнаходження, а також назву представника заявника, коли заява подається представником;

3) вид і суть запобіжного заходу;

4) обставини, якими заявник обґрунтовує необхідність вжиття запобіжних заходів;

5) перелік документів та інших доказів, що додаються до заяви;

6) підпис заявника або його представника, якщо заява подається представником.

Заявник повинен був подати відповідну позовну заяву протягом десяти днів з дня постановлення ухвали про вжиття запобіжних заходів. Після подання заявником позовної заяви запобіжні заходи діяли як способи забезпечення доказів або як способи забезпечення позову.

Новий Цивільний процесуальний кодекс України вирішив шляхом надання можливості подати заяву про забезпечення позову або доказів до подання позову. Так, суд за заявою осіб, які беруть участь у справі, може вжити заходів забезпечення позову. У заяві про забезпечення позову повинно бути зазначено:

1) причини, у зв'язку з якими потрібно забезпечити позов;

2) вид забезпечення позову, який належить застосувати, з обґрунтуванням його необхідності;

3) інші відомості, потрібні для забезпечення позову.

Забезпечення позову допускається на будь-якій стадії розгляду справи, якщо невжиття заходів забезпечення може утруднити чи зробити неможливим виконання рішення суду.

За заявою заінтересованої особи суд може забезпечити позов до подання позовної заяви з метою запобігання порушенню права інтелектуальної власності. До заяви про забезпечення позову додаються документи та інші докази, які підтверджують, що саме ця особа є суб'єктом відповідного права інтелектуальної власності і що її права можуть бути порушені у разі невжиття заходів забезпечення позову. До заяви додаються також її копії відповідно до кількості осіб, щодо яких просять вжити заходів забезпечення позову.

У разі подання заяви про забезпечення позову до подання позовної заяви заявник повинен подати відповідну позовну заяву протягом десяти днів з дня постановлення ухвали про забезпечення позову.

6.7. Судові витрати. їх види. Звільнення від судових витрат. Розподіл судових витрат між сторонами у цивільній справі.

Судові витрати складаються з судового збору та витрат, пов'язаних з розглядом справи.

Розмір судового збору, порядок його сплати і звільнення від сплати встановлюються законом.

До витрат, пов'язаних з розглядом судової справи, належать:

1) витрати на інформаційно-технічне забезпечення;

2) витрати на правову допомогу;

3) витрати сторін та їх представників, що пов'язані з явкою до суду;

4) витрати, пов'язані із залученням свідків, спеціалістів, перекладачів та проведенням судових експертиз;

5) витрати, пов'язані з проведенням огляду доказів за місцем їх знаходження та вчиненням інших дій, необхідних для розгляду справи.

Ціна позову визначається:

1) у позовах про стягнення грошових коштів — сумою, яка стягується;

2) у позовах про визнання права власності на майно або його витребування — вартістю майна;

3) у позовах про стягнення аліментів — сукупністю всіх виплат, але не більше ніж за шість місяців;

4) у позовах про строкові платежі і видачі — сукупністю всіх платежів або видач, але не більше ніж за три роки;

5) у позовах про безстрокові або довічні платежі і видачі — сукупністю платежів або видач за три роки;

6) у позовах про зменшення або збільшення платежів або видач — сумою, на яку зменшуються або збільшуються платежі чи видачі, але не більше ніж за один рік;

7) у позовах про припинення платежів або видач — сукупністю платежів або видач, що залишилися, але не більше ніж за один рік;

8) у позовах про розірвання договору найму (оренди) або договору найму (оренди) житла — сукупністю платежів за користування майном або житлом протягом строку, що залишається до кінця дії договору, але не більше ніж за три роки;

9) у позовах про право власності на нерухоме майно, що належить фізичним особам на праві приватної власності, — дійсною вартістю нерухомого майна, а на нерухоме майно, що належить юридичним особам, — не нижче його балансової вартості;

10) у позовах, які складаються з кількох самостійних вимог, — загальною су мою всіх вимог.

Якщо визначена позивачем ціна позову вочевидь не відповідає дійсній вартості спірного майна або на момент пред'явлення позову встановити точну його ціну неможливо, розмір судового збору попередньо визначає суд з наступним стягненням недоплаченого або з поверненням переплаченого судового збору відповідно до ціни позову, встановленої судом при вирішенні справи.

У разі збільшення розміру позовних вимог або пред'явлення нових вимог несплачену суму судового збору належить сплатити до звернення в суд з відповідною заявою.

До витрат на інформаційно-технічне забезпечення розгляду справи відносяться витрати, пов'язані з інформуванням учасників цивільного процесу про хід і

результати розгляду справи, а також витрати, пов'язані з виготовленням та видачею копій судових рішень. Розмір та порядок оплати витрат на інформаційно-технічне забезпечення розгляду справи залежно від категорії справ встановлюються Кабінетом Міністрів України.

Не підлягають оплаті при зверненні до суду і покладаються на сторони після розгляду справи судом витрати на інформаційно-технічне забезпечення у справах про:

1) поновлення на роботі;

2) стягнення заробітної плати, компенсацій працівникам, вихідної допомоги, відшкодування за затримку їх виплати;

3) відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи;

4) стягнення аліментів;

5) визнання батьківства або материнства.

Не підлягають оплаті витрати на інформаційно-технічне забезпечення у справах про:

1) обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною та поновлення цивільної дієздатності фізичної особи;

2) надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності;

3) надання особі психіатричної допомоги в примусовому порядку;

4) обов'язкову госпіталізацію до протитуберкульозного закладу;

5) відшкодування шкоди, завданої особі незаконними рішеннями, діями або бездіяльністю органів дізнання, досудового слідства, прокуратури або суду.

Суд, враховуючи майновий стан сторони, може своєю ухвалою відстрочити або розстрочити сплату судового збору та витрат на інформаційно-технічне забезпечення розгляду справи на визначений строк, але не більше як до ухвалення судового рішення у справі.

У разі подання позовної заяви після подання заяви про забезпечення доказів або позову розмір судового збору зменшується на розмір судового збору, сплаченого за відповідну заяву про забезпечення доказів або позову.

Сплачена сума судового збору повертається за ухвалою суду у разі:

1) зменшення розміру позовних вимог або внесення судового збору у більшому розмірі, ніж це встановлено законом;

2) повернення заяви або скарги;

3) відмови у відкритті провадження у справі;

4) залишення заяви або скарги без розгляду;

5) закриття провадження у справі.

Витрати, пов'язані з оплатою правової допомоги адвоката або іншого фахівця в галузі права, несуть сторони, крім випадків надання безоплатної правової допомоги. Граничний розмір компенсації витрат на правову допомогу встановлюється законом.

Витрати, пов'язані з переїздом до іншого населеного пункту сторін та їх представників, а також найманням житла, несуть сторони.

Стороні, на користь якої ухвалено судове рішення, та її представникові сплачуються іншою стороною добові (у разі переїзду до іншого населеного пункту), а також компенсація за втрачений заробіток чи відрив від звичайних занять. Компенсація за втрачений заробіток обчислюється пропорційно від розміру середньомісячного заробітку, а компенсація за відрив від звичайних занять — пропорційно від розміру мінімальної заробітної плати. Граничний розмір компенсації за судовим рішенням витрат сторін та їх представників, що пов'язані з явкою до суду, встановлюється Кабінетом Міністрів України.

Витрати, пов'язані з переїздом до іншого населеного пункту свідків, спеціалістів, перекладачів, експертів, найманням ними житла, а також проведенням судових експертиз, несе сторона, яка заявила клопотання про виклик свідків, залучення спеціаліста, перекладача та проведення судової експертизи.

Кошти на оплату судової експертизи вносяться стороною, яка заявила клопотання про проведення експертизи. Якщо клопотання про проведення експертизи заявлено обома сторонами, витрати на її оплату несуть обидві сторони порівну. У разі неоплати судової експертизи у встановлений судом строк суд скасовує ухвалу про призначення судової експертизи.

Добові (у разі переїзду до іншого населеного пункту), а також компенсація за втрачений заробіток чи відрив від звичайних занять свідкам, спеціалістам, перекладачам, експертам сплачуються стороною, не на користь якої ухвалено судове рішення. Компенсація за втрачений заробіток обчислюється пропорційно від розміру середньомісячного заробітку, а компенсація за відрив від звичайних занять — пропорційно від розміру мінімальної заробітної плати. У такому самому порядку компенсуються витрати на оплату послуг експерта, спеціаліста, перекладача.

Якщо у справах окремого провадження виклик свідків, призначення експертизи, залучення спеціалістів здійснюються за ініціативою суду, а також у випадках звільнення від сплати судових витрат або зменшення їх розміру, відповідні витрати відшкодовуються за рахунок Державного бюджету України.

Граничний розмір компенсації витрат, пов'язаних із залученням свідків, спеціалістів, перекладачів та проведенням судових експертиз, встановлюється Кабінетом Міністрів України.

Витрати, пов'язані з проведенням огляду доказів за їх місцезнаходженням та вчиненням інших дій, необхідних для розгляду справи, несе сторона, яка заявила клопотання про вчинення цих дій. Якщо клопотання про вчинення відповідних дій заявлено обома сторонами, витрати на них несуть обидві сторони порівну.

Граничний розмір компенсації витрат, пов'язаних з проведенням огляду доказів за їх місцезнаходженням та вчиненням інших дій, необхідних для розгляду справи, встановлюється Кабінетом Міністрів України.

Стороні, на користь якої ухвалено рішення, суд присуджує з другої сторони понесені нею і документально підтверджені судові витрати. Якщо позов задоволено частково, судові витрати присуджуються позивачеві пропорційно до розміру задоволених позовних вимог, а відповідачеві — пропорційно до тієї частини позовних вимог, у задоволенні яких позивачеві відмовлено.

Якщо сторону, на користь якої ухвалено рішення, звільнено від оплати судових витрат, з другої сторони стягуються судові витрати на користь осіб, що їх понесли, пропорційно до задоволеної чи відхиленої частини вимог. Якщо обидві сторони звільнені від оплати судових витрат, вони компенсуються за рахунок держави у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України.

Якщо позивача, на користь якого ухвалено рішення, звільнено від сплати судового збору, він стягується з відповідача в дохід держави пропорційно до задоволеної чи відхиленої частини вимог.

У разі залишення позову без задоволення, закриття провадження у справі або залишення без розгляду позову позивача, звільненого від оплати судових витрат, судові витрати, понесені відповідачем, компенсуються за рахунок держави.

Якщо суд апеляційної або касаційної інстанції, не передаючи справи на новий розгляд, змінює рішення або ухвалює нове, суд відповідно змінює розподіл судових витрат.

У разі відмови позивача від позову понесені ним витрати відповідачем не відшкодовуються, а витрати відповідача за його заявою стягуються з позивача. Однак якщо позивач не підтримує своїх вимог унаслідок задоволення їх відповідачем після пред'явлення позову, суд за заявою позивача присуджує стягнення всіх понесених ним у справі витрат з відповідача.

Якщо сторони під час укладення мирової угоди не передбачили порядку розподілу судових витрат, кожна сторона у справі несе половину судових витрат.

В інших випадках закриття провадження у справі, а також у разі залишення заяви без розгляду відповідач має право заявити вимоги про компенсацію здійснених ним витрат, пов'язаних з розглядом справи, внаслідок необгрунтованих дій позивача.

6.8. Процесуальні строки. Судові виклики і повідомлення.

Строки, в межах яких вчиняються процесуальні дії, встановлюються законом, а якщо не визначені законом, — встановлюються судом.

Строки, встановлені законом або судом, обчислюються роками, місяцями і днями, а також можуть визначатися вказівкою на подію, яка повинна неминуче настати.

Перебіг процесуального строку починається з наступного дня після відповідної календарної дати або настання події, з якою пов'язано його початок.

Строк, обчислюваний роками, закінчується у відповідні місяць і число останнього року строку.

Строк, обчислюваний місяцями, закінчується у відповідне число останнього місяця строку. Якщо закінчення строку, обчислюваного місяцями, припадає на такий місяць, що відповідного числа не має, строк закінчується в останній день цього місяця.

Якщо закінчення строку припадає на вихідний, святковий чи інший неробочий день, останнім днем строку є перший після нього робочий день.

Перебіг строку, закінчення якого пов'язане з подією, яка повинна неминуче настати, закінчується наступного дня після настання події.

Останній день строку триває до 24 години, але коли в цей строк слід було вчинити процесуальну дію в суді, де робочий час закінчується раніше, строк закінчується в момент закінчення цього часу.

Строк не вважається пропущеним, якщо до його закінчення заява, скарга, інші документи чи матеріали або грошові кошти здано на пошту чи передані іншими відповідними засобами зв'язку.

Зупинення провадження у справі зупиняє перебіг процесуальних строків. Зупинення цих строків починається з моменту настання тієї події, внаслідок якої суд зупинив провадження.

Право на вчинення процесуальної дії втрачається із закінченням строку, встановленого законом або судом. Документи, подані після закінчення процесуальних строків, залишаються без розгляду, якщо суд за клопотанням особи, що їх подала, не знайде підстав для поновлення або продовження строку.

Суд поновлює або продовжує строк, встановлений відповідно законом або судом, за клопотанням сторони або іншої особи у разі його пропущення з поважних причин.

Питання про поновлення чи продовження пропущеного строку вирішує суд, у якому належало вчинити процесуальну дію або до якого потрібно було подати документ чи доказ. Про місце і час розгляду цього питання повідомляються особи, які беруть участь у справі. Присутність цих осіб не є обов'язковою.

Одночасно з клопотанням про поновлення чи продовження строку належить вчинити ту дію або подати той документ чи доказ, стосовно якого заявлено клопотання.

З питань, зазначених вище, судом постановляється ухвала.

Судові виклики здійснюються судовими повістками про виклик.

Судові повідомлення здійснюються судовими повістками-повідомленнями.

Судові повістки про виклик у суд надсилаються особам, які беруть участь у справі, свідкам, експертам, спеціалістам, перекладачам, а судові повістки-повідомлення — особам, які беруть участь у справі з приводу вчинення процесуальних дій, у яких участь цих осіб не є обов'язковою.

Судова повістка про виклик повинна бути вручена з таким розрахунком, щоб особи, які викликаються, мали достатньо часу для явки в суд і підготовки до участі в судовому розгляді справи, але не пізніше ніж за сім днів до судового засідання, а судова повістка-повідомлення — завчасно.

Судова повістка разом із розпискою, а у випадках, встановлених ЦПК України, разом з копіями відповідних документів надсилається поштою рекомендованим листом із повідомленням або через кур'єрів за адресою, зазначеною стороною чи іншою особою, яка бере участь у справі. Стороні чи її представникові за їх згодою можуть бути видані судові повістки для вручення відповідним учасникам цивільного процесу. Судова повістка може бути вручена безпосередньо в суді, а у разі відкладення розгляду справи про час і місце наступного засідання може бути повідомлено під розписку.

Особи, які беруть участь у справі, а також свідки, експерти, спеціалісти і перекладачі можуть бути повідомлені або викликані в суд телеграмою, факсом чи за допомогою інших засобів зв'язку, що забезпечують фіксацію повідомлення або виклику.

Якщо насправді особа не проживає за адресою, повідомленою суду, судова повістка може бути надіслана за місцем її роботи.

Судова повістка юридичній особі направляється за її місцезнаходженням або за місцезнаходженням її представництва, філії, якщо позов виник у зв'язку з їх діяльністю.

Відповідач, місце проживання (перебування чи роботи) або місцезнаходження якого позивачеві невідоме, навіть після його звернення до адресного бюро і органів внутрішніх справ, викликається в суд через оголошення у пресі. З опублікуванням оголошення про виклик відповідач вважається повідомленим про час і місце розгляду справи.

Друкований орган, у якому розміщуються оголошення про виклик відповідача протягом наступного року, визначається не пізніше 1 грудня поточного року в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України.

Судова повістка про виклик у суд повинна містити:

1) ім'я фізичної особи чи найменування юридичної особи, якій адресується повістка;

2) найменування та адресу суду;

3) зазначення місця, дня і часу явки за викликом;

4) назву справи, за якою робиться виклик;

5) зазначення, в якості кого викликається особа (як позивач, відповідач, третя особа, свідок, експерт, спеціаліст, перекладач);

6) зазначення, чи викликається особа в судове засідання чи у попереднє судове засідання, а у разі повторного виклику сторони у зв'язку з необхідністю дати особисті пояснення — про потребу дати особисті пояснення;

7) у разі необхідності — пропозицію особі, яка бере участь у справі, подати всі раніше неподані докази;

8) зазначення обов'язку особи, яка одержала судову повістку в зв'язку з відсутністю адресата, за першої можливості вручити її адресату;

9) роз'яснення про наслідки неявки залежно від процесуального статусу особи, яка викликається (накладення штрафу, примусовий привід, розгляд справи за відсутності, залишення заяви без розгляду), і про обов'язок повідомити суд про причини неявки.

Судова повістка-повідомлення повинна містити найменування та адресу суду, назву справи, вказівку про те, яку дію буде вчинено, місце, день і час її вчинення, а також про те, що участь у її вчиненні для цієї особи не є обов'язковою.

Якщо разом із судовою повісткою надсилаються копії відповідних документів, у повістці особі, якій вони надсилаються, повинно бути зазначено, які документи надсилаються і про її право подати заперечення та відповідні докази на їх підтвердження.

Судові повістки, адресовані фізичним особам, вручаються їм під розписку, а юридичним особам — відповідній службовій особі, яка розписується про одержання повістки. Розписка про одержання судової повістки з поміткою про дату вручення в той самий день особами, які її вручали, повертається до суду.

Якщо особу, якій адресовано судову повістку, не виявлено в місці проживання, повістку під розписку вручають будь-кому з повнолітніх членів сім'ї, які проживають разом з нею, а за їх відсутності — відповідній житлово-експлуатаційній організації або виконавчому органу місцевого самоврядування.

У разі відсутності адресата особа, що доставляє судову повістку, негайно повертає її до суду з поміткою про причини невручення.

Вручення судової повістки представникові особи, яка бере участь у справі, вважається врученням повістки і цій особі.

Якщо особа, яка бере участь у справі, перебуває під вартою або відбуває покарання у виді довічного позбавлення волі, позбавлення волі на певний строк, тримання у дисциплінарному батальйоні військовослужбовців, обмеження волі, арешту, повістка та інші судові документи вручаються їй під розписку адміністрацією місця утримання особи, яка негайно надсилає розписку та письмові пояснення цієї особи до суду.

Особам, які проживають за межами України, судові повістки вручаються в порядку, визначеному міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, в разі відсутності таких — через дипломатичні представництва та консульські установи України за місцем проживання цих осіб.

У разі відмови адресата одержати судову повістку особа, яка її доставляє, робить відповідну помітку на повістці і повертає її до суду. Особа, яка відмовилася одержати судову повістку, вважається повідомленою.

Сторони та інші особи, які беруть участь у справі, зобов'язані повідомляти суд про зміну свого місця проживання (перебування, знаходження) або місцезнаходження під час провадження справи. У разі відсутності заяви про зміну місця проживання або місцезнаходження судова повістка надсилається на останню відому судові адресу і вважається доставленою, навіть якщо особа за цією адресою більше не проживає або не знаходиться.

Сторони та інші особи, які беруть участь у справі, зобов'язані повідомляти суд про причини неявки у судове засідання. У разі неповідомлення суду про причини неявки вважається, що сторони та інші особи, які беруть участь у справі, не з'явилися в судове засідання без поважних причин.

Якщо місцеперебування відповідача в справах за позовами про стягнення аліментів або про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи, невідоме, суд ухвалою оголошує його розшук. Розшук проводиться органами внутрішніх справ, а витрати на його проведення стягуються з відповідача в дохід держави за рішенням суду.

6.9. Сторони в цивільному процесі, їх права. Треті особи. Представники сторін і третіх осіб.

У справах позовного провадження особами, які беруть участь у справі, є сторони, треті особи, представники сторін та третіх осіб.

У справах наказного та окремого провадження особами, які беруть участь у справі, є заявники, інші заінтересовані особи, їхні представники.

У справах можуть також брати участь органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб.

Особи, які беруть участь у справі, мають право знайомитися з матеріалами справи, робити з них витяги, знімати копії з документів, долучених до справи, одержувати копії рішень, ухвал, брати участь у судових засіданнях, подавати докази, брати участь у дослідженні доказів, задавати питання іншим особам, які беруть участь у справі, а також свідкам, експертам, спеціалістам, заявляти клопотання та відводи, давати усні та письмові пояснення судові, подавати свої доводи, міркування щодо питань, які виникають під час судового розгляду, і заперечення проти клопотань, доводів і міркувань інших осіб, користуватися правовою допомогою, знайомитися з журналом судового засідання, знімати з нього копії та подавати письмові зауваження з приводу його неправильності чи неповноти, прослуховувати запис фіксування судового засідання технічними засобами, робити з нього копії, подавати письмові зауваження з приводу його неправильності чи неповноти, оскаржувати рішення і ухвали суду, користуватися іншими процесуальними правами, встановленими законом.

Особи, які беруть участь у справі позовного провадження, для підтвердження своїх вимог або заперечень зобов'язані подати усі наявні у них докази або повідомити про них суд до або під час попереднього судового засідання.

Особи, які беруть участь у справі, зобов'язані добросовісно здійснювати свої процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки.

Здатність мати цивільні процесуальні права та обов'язки сторони, третьої особи, заявника, заінтересованої особи (цивільна процесуальна правоздатність) мають усі фізичні та юридичні особи.

Здатність особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді (цивільна процесуальна дієздатність) мають фізичні особи, які досягли повноліття, а також юридичні особи.

Неповнолітні особи віком від 14 до 18 років, а також особи, цивільна дієздатність яких обмежена, можуть особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді у справах, що виникають з відносин, у яких вони особисто беруть участь, якщо інше не встановлено законом. Суд може залучити до участі в таких справах законного представника неповнолітньої особи або особи, цивільна дієздатність якої обмежена.

У разі реєстрації шлюбу фізичної особи, яка не досягла повноліття, вона набуває цивільної процесуальної дієздатності з моменту реєстрації шлюбу. Цивільної процесуальної дієздатності набуває також неповнолітня особа, якій у порядку, встановленому ЦПК України, надано повну цивільну дієздатність.

Сторонами в цивільному процесі є позивач і відповідач. Позивачем і відповідачем можуть бути фізичні та юридичні особи, а також держава.

Сторони мають рівні процесуальні права та обов'язки. Позивач має право протягом усього часу розгляду справи змінити підставу або предмет позову, збільшити або зменшити розмір позовних вимог, відмовитися від позову, а відповідач має право визнати позов повністю або частково, пред'явити зустрічний позов.

Сторони можуть укласти мирову угоду на будь-якій стадії цивільного процесу.

Кожна із сторін має право вимагати виконання судового рішення в частині, що стосується цієї сторони.

Позов може бути пред'явлений спільно кількома позивачами або до кількох відповідачів. Кожен із позивачів або відповідачів щодо другої сторони діє в цивільному процесі самостійно.

Участь у справі кількох позивачів і (або) відповідачів (процесуальна співучасть) допускається, якщо:

1) предметом спору є спільні права чи обов'язки кількох позивачів або відповідачів;

2) права та обов'язки кількох позивачів чи відповідачів виникли з однієї підстави;

3) предметом спору є однорідні права та обов'язки.

Співучасники можуть доручити вести справу одному зі співучасників, якщо він має повну цивільну процесуальну дієздатність.

Суд за клопотанням позивача, не припиняючи розгляду справи, замінює первісного відповідача належним відповідачем, якщо позов пред'явлено не до тієї особи, яка має відповідати за позовом, або залучає до участі у справі іншу особу як співвідповідача. У разі відсутності згоди на це позивача суд залучає до участі у справі іншу особу як співвідповідача.

Після заміни відповідача або залучення до участі у справі співвідповідача справа за клопотанням нового відповідача або залученого співвідповідача розглядається спочатку.

Треті особи, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору, можуть вступити у справу до закінчення судового розгляду, пред'явивши позов до однієї чи обох сторін. Ці особи мають усі процесуальні права та обов'язки позивача.

Після вступу в справу третьої особи, яка заявила самостійні вимоги щодо предмета спору, справа за клопотанням цієї особи розглядається спочатку.

Треті особи, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору, можуть вступити у справу на стороні позивача або відповідача до ухвалення судом рішення, якщо рішення в справі може вплинути на їх права або обов'язки щодо однієї зі сторін.

Треті особи, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору, можуть бути залучені до участі у справі також за клопотанням сторін, інших осіб, які беруть участь у справі, або з ініціативи суду.

Вступ у справу третьої особи, яка не заявляє самостійних вимог щодо предмета спору, не тягне за собою розгляду справи спочатку.

Сторона, в якої за рішенням суду виникне право заявити вимогу до третьої особи або до якої у такому випадку може заявити вимогу сама третя особа, зобов'язана повідомити суд про цю третю особу.

У заяві про залучення третьої особи повинні бути зазначені ім'я (найменування) третьої особи, місце її проживання (перебування) або місцезнаходження та підстави, з яких вона має бути залучена до участі у справі.

Суд повідомляє третю особу про справу, направляє їй копію заяви про залучення третьої особи і роз'яснює її право заявити про свою участь у справі. Копія заяви надсилається особам, які беруть участь у справі. Якщо від третьої

особи не надійшло повідомлення про згоду на участь у справі, справа розглядається без неї.

Третя особа, яка не заявляє самостійних вимог щодо предмета спору, може сама звернутися з заявою про свою участь у справі.

Якщо особи, які беруть участь у справі, заперечують проти залучення чи допуску третьої особи до участі у справі, це питання вирішується судом залежно від обставин справи.

З питання залучення або допуску до участі у справі третьої особи суд постановляє ухвалу..

У разі смерті фізичної особи, припинення юридичної особи, заміни кредитора чи боржника у зобов'язанні, а також в інших випадках заміни особи у відносинах, щодо яких виник спір, суд залучає до участі у справі правонаступника відповідної сторони або третьої особи на будь-якій стадії цивільного процесу.

Усі дії, вчинені в цивільному процесі до вступу правонаступника, обов'язкові для нього так само, як вони були обов'язкові для особи, яку він замінив.

Сторона, третя особа, особа, яка відповідно до закону захищає права, свободи чи інтереси інших осіб, а також заявники та інші заінтересовані особи у справах окремого провадження (крім справ про усиновлення) можуть брати участь у цивільній справі особисто або через представника.

Особиста участь у справі особи не позбавляє її права мати в цій справі представника.

Юридичних осіб представляють їхні органи, що діють у межах повноважень, наданих їм законом, статутом чи положенням, або їх представники.

Державу представляють відповідні органи державної влади в межах їх компетенції через свого представника.

Права, свободи та інтереси малолітніх осіб віком до чотирнадцяти років, а також недієздатних фізичних осіб захищають у суді відповідно їхні батьки, усиновлювачі, опікуни чи інші особи, визначені законом.

Права, свободи та інтереси неповнолітніх осіб віком від 14 до 18 років, а також осіб, цивільна дієздатність яких обмежена, можуть захищати у суді відповідно їхні батьки, усиновлювачі, піклувальники чи інші особи, визначені законом. Суд може залучити до участі в таких справах неповнолітню особу чи особу, цивільна дієздатність якої обмежена.

Права, свободи та інтереси особи, яка визнана безвісно відсутньою, захищає опікун, призначений для опіки над її майном.

Права, свободи та інтереси спадкоємців особи, яка померла або оголошена померлою, якщо спадщина ще ніким не прийнята, захищає виконавець заповіту або інша особа, яка вживає заходів щодо охорони спадкового майна.

Законні представники можуть доручати ведення справи в суді іншим особам.

Представником у суді може бути адвокат або інша особа, яка досягла 18 років, має цивільну процесуальну дієздатність і належно посвідчені повноваження на здійснення представництва в суді, за винятком осіб, визначених у відповідних положеннях ЦПК України.

Одна й та сама особа не може бути одночасно представником іншої сторони, третіх осіб, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору або беруть участь у справі на другій стороні.

Не можуть бути представниками в суді особи, які діють у цьому процесі як секретар судового засідання, перекладач, експерт, спеціаліст, свідок.

Судді, слідчі, прокурори не можуть бути представниками в суді, крім випадків, коли вони діють як представники відповідного органу, що є стороною або тре-

тьою особою у справі, чи як законні представники.

Повноваження представників сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, мають бути посвідчені такими документами:

1) довіреністю фізичної особи;

2) довіреністю юридичної особи або документами, що посвідчують службове становище і повноваження її керівника;

3) свідоцтвом про народження дитини або рішенням про призначення опікуном, піклувальником чи охоронцем спадкового майна.

Довіреність фізичної особи повинна бути посвідчена нотаріально або посадовою особою організації, в якій довіритель працює, навчається, перебуває на службі, стаціонарному лікуванні чи за рішенням суду, або за місцем його проживання.

Довіреність від імені юридичної особи видається за підписом посадової особи, уповноваженої на це законом, статутом або положенням, з прикладенням печатки юридичної особи.

Повноваження адвоката як представника можуть також посвідчуватись ордером, який виданий відповідним адвокатським об'єднанням, або договором.

Фізична особа може надати повноваження представникові за усною заявою, яка заноситься до журналу судового засідання.

У разі відсутності у сторони чи третьої особи, визнаної недієздатною або обмеженою у цивільній дієздатності, законного представника суд за поданням органу опіки та піклування ухвалою призначає опікуна або піклувальника і залучає їх до участі у справі як законних представників.

Якщо при розгляді справи буде встановлено, що малолітня чи неповнолітня особа, позбавлена батьківського піклування, не має законного представника, суд ухвалою встановлює над нею відповідно опіку чи піклування за поданням органу опіки та піклування, призначає опікуна або піклувальника та залучає їх до участі у справі як законних представників.

У разі якщо законний представник не має права вести справу в суді з підстав, встановлених законом, суд за поданням органу опіки та піклування замінює законного представника.

Представник, який має повноваження на ведення справи в суді, може вчиняти від імені особи, яку він представляє, усі процесуальні дії, що їх має право вчиняти ця особа.

Обмеження повноважень представника на вчинення певної процесуальної дії мають бути застережені у виданій йому довіреності.

Про припинення представництва або обмеження повноважень представника за довіреністю має бути повідомлено суд шляхом подання письмової заяви або усної заяви, зробленої у судовому засіданні.

У разі відмови представника від наданих йому повноважень представник не може бути у цій самій справі представником іншої сторони.

У випадках, встановлених законом, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, прокурор, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, фізичні та юридичні особи можуть звертатися до суду із заявами про захист прав, свобод та інтересів інших осіб, або державних чи суспільних інтересів та брати участь у цих справах.

Прокурор здійснює у суді представництво інтересів громадянина або держави в порядку, встановленому ЦПК України та іншими законами, і може здійснювати представництво на будь-якій стадії цивільного процесу.

Органи державної влади та органи місцевого самоврядування можуть бути залучені судом до участі у справі або взяти участь у справі за своєю ініціативою для

подання висновків на виконання своїх повноважень. Участь зазначених органів у цивільному процесі для подання висновків у справі є обов'язковою у випадках, встановлених законом, або якщо суд визнає це за необхідне.

Органи та інші особи, які звернулися до суду в інтересах інших осіб або державних чи суспільних інтересах, мають процесуальні права та обов'язки особи, в інтересах якої вони діють, за винятком права укладати мирову угоду. Відмова таких осіб від поданої ними заяви або зміна вимог не позбавляє особу, на захист прав, свобод та інтересів якої подано заяву, права вимагати від суду розгляду справи та вирішення вимоги у первісному обсязі.

Якщо особа, яка має цивільну процесуальну дієздатність і в інтересах якої подана заява, не підтримує заявлених вимог, суд залишає заяву без розгляду.

Прокурор, який не брав участі у справі, з метою вирішення питання про наявність підстав для подання апеляційної чи касаційної скарги, заяви про перегляд рішення у зв'язку з винятковими або нововиявленими обставинами, має право знайомитися з матеріалами справи в суді.

6.10. Пред'явлення позову. Зустрічний позов. Підготовка та подання позову. Надання правової допомоги стороні з цих питань адвокатом.

Позов пред'являється шляхом подання позовної заяви до суду першої інстанції, де вона реєструється, оформлюється і передається судді в порядку черговості. Позивач має право об'єднати в одній позовній заяві кілька вимог, які пов'язані між собою.

Позивач повинен додати до позовної заяви її копії та копії всіх документів, що додаються до неї, відповідно до кількості відповідачів і третіх осіб. Вказані вимоги не поширюються на позови, що виникають з трудових правовідносин, а також про відшкодування шкоди, завданої внаслідок злочину чи каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи, незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів дізнання, досудового слідства, прокуратури або суду.

Відповідач має право до або під час попереднього судового засідання пред'явити зустрічний позов. Зустрічний позов приймається до спільного розгляду з первісним позовом, якщо обидва позови взаємопов'язані і спільний їх розгляд є доцільним, зокрема, коли вони виникають з одних правовідносин, або коли вимоги за позовами можуть зараховуватися, або коли задоволення зустрічного позову може виключити повністю або частково задоволення первісного позову. Вимоги за зустрічним позовом ухвалою суду об'єднуються в одне провадження з первісним позовом.

Зустрічна позовна заява подається з додержанням загальних правил пред'явлення позову.

Суддя під час відкриття провадження у справі, підготовки справи до судового розгляду або суд під час її розгляду мають право постановити ухвалу про об'єднання в одне провадження кількох однорідних позовних вимог за позовами одного й того самого позивача до одного й того самого відповідача чи до різних відповідачів або за позовом різних позивачів до одного й того самого відповідача.

Залежно від обставин справи суддя чи суд мають право постановити ухвалу про роз'єднання кількох поєднаних в одному провадженні вимог у самостійні провадження, якщо їх спільний розгляд ускладнює вирішення справи.

6.11. Зміст і форма позовної заяви. Наслідки подання позовної заяви, що не відповідає вимогам закону. Підготовка адвоката до складання позовної заяви.

Позовна заява подається в письмовій формі і повинна містити:

1) найменування суду, до якого подається заява;

2) ім'я (найменування) позивача і відповідача, а також ім'я представника позивача, якщо позовна заява подається представником, їх місце проживання або місцезнаходження, поштовий індекс, номер засобів зв'язку, якщо такий відомий;

3) зміст позовних вимог;

4) ціну позову щодо вимог майнового характеру;

5) виклад обставин, якими позивач обґрунтовує свої вимоги;

6) зазначення доказів, що підтверджують кожну обставину, наявність підстав пя звільнення від доказування;

7) перелік документів, що додаються до заяви.

Позовна заява підписується позивачем або його представником із зазначенням дати її подання.

До позовної заяви додаються документи, що підтверджують сплату судового збору та оплату витрат на інформаційно-технічне забезпечення розгляду справи.

У разі пред'явлення позову особами, які діють на захист прав, свобод та інтересів іншої особи, в заяві повинні бути зазначені підстави такого звернення.

Якщо позовна заява подається представником позивача, до позовної заяви додається довіреність чи інший документ, що підтверджує його повноваження.

Позовна заява, подана після забезпечення доказів або позову, повинна містити, крім зазначеного у ч. 2 ст. 119 ЦПК України, відомості про забезпечення доказів або позову.

Суддя, встановивши, що позовну заяву подано без додержання вимог, викладених вище, або не сплачено судовий збір чи не оплачено витрати на інформаційно-технічне забезпечення розгляду справи, постановляє ухвалу, в якій зазначаються підстави залишення заяви без руху, про що повідомляє позивача і надає йому строк для усунення недоліків.

Якщо позивач відповідно до ухвали суду у встановлений строк виконає вимоги суду, сплатить суму судового збору, а також оплатить витрати на інформаційно-технічне забезпечення розгляду справи, позовна заява вважається поданою в день первісного її подання до суду. Інакше заява вважається неподаною і повертається позивачеві.

Крім цього, заява повертається у випадках, коли:

1) позивач до відкриття провадження у справі подав заяву про повернення йому' позову;

2) заяву подано недієздатною особою;

3) заяву від імені позивача подано особою, яка не має повноважень на ведення справи;

4) справа не підсудна цьому суду;

5) подана заява про розірвання шлюбу під час вагітності дружини або до досягнення дитиною одного року без дотримання вимог, встановлених Сімейним кодексом України.

Про повернення позовної заяви суддя постановляє ухвалу.

Повернення позовної заяви не перешкоджає повторному зверненню із заявою ло суду, якщо перестануть існувати обставини, що стали підставою для повернення заяви.

Суддя відкриває провадження у цивільній справі не інакше як на підставі заяви, поданої і оформленої в порядку, встановленому ЦПК України. Суддя відмовляє у відкритті провадження у справі, якщо:

1) заява не підлягає розгляду в судах у порядку цивільного судочинства;

2) є таке, що набрало законної сили, рішення чи ухвала суду про закриття провадження у справі у зв'язку з відмовою позивача від позову або укладенням мирової угоди сторін у спорі між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав. Відмова від позову не позбавляє другу сторону права пред'явити такий самий позов до особи, яка відмовилася від позову;

3) у провадженні цього чи іншого суду є справа зі спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав;

4) є рішення третейського суду, прийняте в межах його компетенції, щодо спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав, за винятком випадків, коли суд відмовив у видачі виконавчого листа на примусове виконання рішення третейського суду або скасував рішення третейського суду і розгляд справи в тому ж третейському суді виявився неможливим;

5) після смерті фізичної особи, а також у зв'язку з припиненням юридичної особи, які є однією зі сторін у справі, спірні правовідносини не допускають правонаступництва.

Питання про відкриття провадження у справі або про відмову у відкритті провадження у справі суддя вирішує не пізніше десяти днів з дня надходження заяви до суду або закінчення строку, встановленого для усунення недоліків.

Про відкриття провадження у справі чи відмову у відкритті провадження у справі суддя постановляє ухвалу. В ухвалі про відкриття провадження у справі зазначаються:

1) найменування суду, прізвище та ініціали судді, який відкрив провадження у справі, номер справи;

2) ким і до кого пред'явлено позов;

3) зміст позовних вимог;

4) час і місце попереднього судового засідання;

5) пропозиція відповідачу подати в зазначений строк письмові заперечення проти позову та посилання на докази, якими вони обґрунтовуються.

Ухвала про відмову у відкритті провадження у справі повинна бути невідкладно надіслана позивачеві разом із заявою та всіма доданими до неї документами.

Відмова у відкритті провадження у справі перешкоджає повторному зверненню до суду з таким самим позовом.

6.12. Фіксування судового процесу. Протокол судового засідання. Робота адвоката з протоколом судового засідання.

Суд під час судового розгляду справи здійснює повне фіксування судового засідання за допомогою звукозаписувального технічного засобу.

Фіксування судового засідання технічним засобом здійснює секретар судового засідання або за розпорядженням головуючого інший працівник апарату суду.

Повне або часткове відтворення технічного запису судового засідання здійснюється на вимогу особи, яка бере участь у справі, або за ініціативою суду.

Носій інформації, на який здійснювався технічний запис судового засідання (касета, дискета тощо), є додатком до журналу судового засідання і після закінчення судового засідання приєднується до матеріалів справи.

За клопотанням особи, яка бере участь у справі, може бути за плату здійснено повне або часткове роздрукування технічного запису судового засідання за розпорядженням головуючого. Особа, яка бере участь у справі, має право отримати копію інформації з носія, на який здійснювався технічний запис цивільного процесу.

Розмір плати за роздрукування технічного запису судового засідання встановлюється Кабінетом Міністрів України.

Одночасно з проведенням фіксування технічними засобами секретарем судового засідання ведеться журнал судового засідання.

У журналі судового засідання зазначаються такі відомості:

1) рік, місяць, число і місце судового засідання;

2) найменування суду, який розглядає справу, прізвище та ініціали судді, секретаря судового засідання;

3) справа, що розглядається, імена (найменування) сторін та інших осіб, що беруть участь у справі;

4) порядковий номер вчинення процесуальної дії;

5) назва процесуальної дії;

6) час вчинення процесуальної дії;

7) інші відомості, визначені ЦПК України.

Журнал судового засідання ведеться секретарем судового засідання та підписується ним невідкладно після судового засідання і приєднується до справи.

Особи, які беруть участь у справі, мають право ознайомитися із технічним записом судового засідання, журналом судового засідання та протягом семи днів з дня проголошення рішення у справі подати до суду письмові зауваження щодо неповноти або неправильності їх запису.

Головуючий розглядає зауваження щодо технічного запису судового засідання та журналу судового засідання, про що постановляє відповідну ухвалу.

У разі пропуску строку подання зауважень і відсутності підстав для його поновлення головуючий залишає їх без розгляду.

Зауваження щодо технічного запису судового засідання чи журналу судового засідання повинні бути розглянуті не пізніше п'яти днів з дня їх подання.

Під час вчинення окремої процесуальної дії поза судовим засіданням складається протокол. При його складанні можуть застосовуватися технічні засоби.

У протоколі вчинення окремої процесуальної дії зазначаються такі відомості:

1) рік, місяць, число і місце вчинення процесуальної дії;

2) час початку вчинення процесуальної дії;

3) найменування суду, який розглядає справу, прізвище та ініціали судді, секретаря судового засідання;

4) справа, що розглядається, імена (найменування) сторін та інших осіб, які беруть участь у справі;

5) відомості про явку осіб, які беруть участь у справі, експертів, спеціалістів, перекладачів, свідків;

6) відомості про роз'яснення сторонам та іншим особам, які беруть участь у справі, їх процесуальних прав та обов'язків;

7) усі розпорядження головуючого та постановлені ухвали;

8) заяви і клопотання сторін та інших осіб, які беруть участь у справі;

9) основний зміст пояснень сторін, третіх осіб, їх представників та інших осіб, Пі беруть участь у справі, а також показання свідків, усне роз'яснення експертами своїх висновків і відповідей на поставлені їм додаткові питання; консультацій та висновків спеціалістів;

10) докази, а в разі якщо докази не додаються до справи, — номер, дата та зміст письмових доказів, опис доказів;

11) час закінчення вчинення процесуальної дії;

12) інші відомості, визначені ЦПК України.

Протокол повинен бути оформлений не пізніше наступного дня після вчинення окремої процесуальної дії. Протокол приєднується до справи.

6.13. Рішення суду. Законність і обґрунтованість судових рішень у цивільних справах. Аналіз адвокатом рішення у цивільній справі.

Судові рішення викладаються у двох формах:

1) ухвали;

2) рішення.

Питання, пов'язані з рухом справи в суді першої інстанції, клопотання та заяви осіб, які беруть участь у справі, питання про відкладення розгляду справи, оголошення перерви, зупинення або закриття провадження у справі, залишення заяви без розгляду у випадках, встановлених ЦПК України, вирішуються судом шляхом постановлення ухвал.

Судовий розгляд закінчується ухваленням рішення суду.

Суди ухвалюють рішення іменем України негайно після закінчення судового розгляду.

Рішення суду ухвалюється, оформлюється і підписується в нарадчій кімнаті суддею, а в разі колегіального розгляду — суддями, які розглядали справу.

У виняткових випадках залежно від складності справи складання повного рішення може бути відкладено на строк не більше ніж п'ять днів з дня закінчення розгляду справи, але вступну і резолютивну частини суд повинен проголосити в тому самому засіданні, в якому закінчився розгляд справи. Проголошені вступна і резолютивна частини рішення мають бути підписані всім складом суду і приєднані до справи.

Ухвали суду, які оформлюються окремим процесуальним документом, постановляються в нарадчій кімнаті, інші ухвали суд може постановити, не виходячі; до нарадчої кімнати.

Ухвали суду, постановлені окремим процесуальним документом, підписуються суддею (суддями) і приєднуються до справи. Ухвали, постановлені судом, не виходячи до нарадчої кімнати, заносяться до журналу судового засідання.

Ухвали, постановлені в судовому засіданні, оголошуються негайно після їх постановлення.

Виправлення в рішеннях і ухвалах повинні бути застережені перед підписом судді.

Ухвала суду, що постановляється як окремий документ, складається з:

1) вступної частини із зазначенням:

—часу і місця її постановлення;

—прізвища та ініціалів судді (суддів — при колегіальному розгляді);

—прізвища та ініціалів секретаря судового засідання;

—імен (найменувань) сторін та інших осіб, які брали участь у справі;

—предмета позовних вимог;

2) описової частини із зазначенням суті питання, що вирішується ухвалою;

3) мотивувальної частини із зазначенням мотивів, з яких суд дійшов висновків, і закону, яким керувався суд, постановляючи ухвалу;

4) резолютивної частини із зазначенням:

— висновку суду;

— строку і порядку набрання ухвалою законної сили та її оскарження. Якщо ухвала має силу виконавчого документа і підлягає виконанню за правилами, встановленими для виконання судових рішень, така ухвала оформлюється з урахуванням вимог, встановлених Законом України «Про виконавче провадження».

Суд, виявивши під час розгляду справи порушення закону і встановивши причини та умови, що сприяли вчиненню порушення, може постановити окрему ухвалу і направити її відповідним особам чи органам для вжиття заходів щодо усунення

цих причин та умов. Про вжиті заходи протягом місяця з дня надходження окремої ухвали повинно бути повідомлено суд, який постановив окрему ухвалу.

Окрему ухвалу може бути оскаржено особами, інтересів яких вона стосується, загальному порядку, встановленому ЦПК України.

У рішенні суд має відобразити результати оцінки ним доказів. Суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному, об'єктивному та безпосередньому дослідженні наявних у справі доказів. Жоден доказ не має для суду наперед встановленого значення. Суд оцінює належність, допустимість, достовірність кожного доказу окремо, а також достатність і взаємний зв'язок доказів у їх сукупності.

Рішення суду повинно бути законним і обґрунтованим. Законним є рішення, яким суд, виконавши всі вимоги цивільного судочинства, вирішив справу згідно із законом. Обґрунтованим є рішення, ухвалене на основі повно і всебічно з'ясованих обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, підтверджених тими доказами, які були досліджені в судовому засіданні.

Під час ухвалення рішення суд вирішує такі питання:

1) чи мали місце обставини, якими обґрунтовувалися вимоги і заперечення, та якими доказами вони підтверджуються;

2) чи є інші фактичні дані (пропущення строку позовної давності тощо), які мають значення для вирішення справи, та докази на їх підтвердження;

3) які правовідносини сторін випливають із встановлених обставин;

4) яка правова норма підлягає застосуванню до цих правовідносин;

5) чи слід позов задовольнити або в позові відмовити;

6) як розподілити між сторонами судові витрати;

7) чи є підстави допустити негайне виконання судового рішення;

8) чи є підстави для скасування заходів забезпечення позову.

Рішення суду складається з:

1) вступної частини із зазначенням:

— часу та місця його ухвалення;

— найменування суду, що ухвалив рішення;

— прізвищ та ініціалів судді (суддів — при колегіальному розгляді);

— прізвища та ініціалів секретаря судового засідання;

— імен (найменувань) сторін та інших осіб, які брали участь у справі;

— предмета позовних вимог;

2) описової частини із зазначенням:

— узагальненого викладу позиції відповідача;

— пояснень осіб, які беруть участь у справі;

— інших доказів, досліджених судом;

3) мотивувальної частини із зазначенням:

— встановлених судом обставин і визначених відповідно до них правовідносин;

—мотивів, з яких суд вважає встановленою наявність або відсутність фактів, якими обґрунтовувалися вимоги чи заперечення, бере до уваги або відхиляє докази, застосовує зазначені в рішенні нормативно-правові акти;

—чи були порушені, не визнані або оспорені права, свободи чи інтереси за захистом яких особа звернулася до суду, а якщо були, то ким;

—назви, статті, її частини, абзацу, пункту, підпункту закону, на підставі яких вирішено справу, а також процесуального закону, яким суд керувався;

4) резолютивної частини із зазначенням:

—висновку суду про задоволення позову або відмову в позові повністю чи частково;

—висновку суду по суті позовних вимог;

—розподілу судових витрат;

—строку і порядку набрання рішенням суду законної сили та його оскарження.

Суд, ухвалюючи рішення на користь кількох позивачів або проти кількох відповідачів, повинен зазначити, в якій частині рішення стосується кожного з них, або зазначити, що обов'язок чи право стягнення є солідарним.

Суд, який ухвалив рішення, може визначити порядок його виконання, надати відстрочку або розстрочити виконання, вжити заходів для забезпечення його виконання, про що зазначає в рішенні.

Рішення суду або його вступна та резолютивна частини проголошуються негайно після закінчення судового розгляду і прилюдно, крім випадків, встановлених ЦПК України. Головуючий роз'яснює зміст рішення, порядок і строк його оскарження. У разі проголошення у судовому засіданні тільки вступної та резолютивної частин судового рішення суд повідомляє, коли особи, які беруть участь у справі, зможуть ознайомитися з повним рішенням суду. Після проголошення рішення суд, який його ухвалив, не може сам скасувати або змінити це рішення.

Суд може з власної ініціативи або за заявою осіб, які беруть участь у справі, виправити допущені у судовому рішенні описки чи арифметичні помилки. Питання про внесення виправлень вирішується в судовому засіданні, про що постановляється ухвала. Особи, які беруть участь у справі, повідомляються про час і місце засідання. їхня неявка не перешкоджає розглядові питання про внесення виправлень.

Суд, що ухвалив рішення, може за заявою осіб, які беруть участь у справі чи з власної ініціативи ухвалити додаткове рішення, якщо:

1) стосовно якої-небудь позовної вимоги, з приводу якої сторони подавали докази і давали пояснення, не ухвалено рішення;

2) суд, вирішивши питання про право, не зазначив точної суми грошових коштів, які підлягають стягненню, майно, яке підлягає передачі, або які дії треба виконати;

3) суд не допустив негайного виконання рішення у випадках, встановлених відповідними положеннями ЦПК України;

4) судом не вирішено питання про судові витрати.

Заяву про ухвалення додаткового рішення може бути подано до закінчення строку на виконання рішення.

Суд ухвалює додаткове рішення після розгляду питання в судовому засіданні з повідомленням сторін. Їх присутність не є обов'язковою.

На додаткове рішення може бути подано скаргу.

Про відмову в ухваленні додаткового рішення суд постановляє ухвалу.

Якщо рішення суду є незрозумілим для осіб, які брали участь у справі, або для державного виконавця, суд за їхньою заявою постановляє ухвалу, в якій роз'яснює своє рішення, не змінюючи при цьому його змісту. Подання заяви про роз'яснення рішення суду допускається, якщо воно ще не виконане або не закінчився строк, протягом якого рішення може бути пред'явлене до примусового виконання.

Заява про роз'яснення рішення суду розглядається протягом десяти днів. Неявка осіб, які брали участь у справі, і (або) державного виконавця не перешкоджає розгляду питання про роз'яснення рішення суду.

Ухвала, в якій роз'яснюється рішення суду, надсилається особам, які брали участь у справі, а також державному виконавцю, якщо рішення суду роз'яснено за його заявою.

Копії судового рішення видаються особам, які брали участь у справі, на їхню вимогу не пізніше п'яти днів з дня проголошення рішення. Особам, які брали участь у справі, але не були присутні у судовому засіданні, копії судового рішення надсилаються протягом п'яти днів з дня проголошення рішення рекомендованим листом з повідомленням про вручення. Копії судових рішень повторно видаються за заявою особи за плату у розмірі, встановленому законодавством.

Рішення суду набирає законної сили після закінчення строку подання заяви про апеляційне оскарження (десять днів з дня прийняття рішення), якщо заяву про апеляційне оскарження не було подано. Якщо було подано заяву про апеляційне оскарження, але апеляційна скарга не була подана упродовж двадцять днів з дня такого подання, рішення суду набирає законної сили після закінчення цього строку. У разі подання апеляційної скарги рішення, якщо його не скасовано, набирає законної сили після розгляду справи апеляційним судом.

Після набрання рішенням суду законної сили сторони та треті особи із самостійними вимогами, а також їх правонаступники не можуть знову заявляти в суді ту саму позовну вимогу з тих самих підстав, а також оспорювати в іншому процесі встановлені судом факти і правовідносини. Якщо після набрання рішенням суду законної сили, яким з відповідача присуджені періодичні платежі, зміняться обставини, що впливають на визначені розміри платежів, їх тривалість чи припинення, кожна сторона має право шляхом пред явлення нового позову вимагати зміни розміру, строків платежів або звільнення від них.

6.14. Справи окремого провадження. Порядок їх розгляду. Встановлення фактів, що мають юридичне значення. Підготовка і ведення адвокатом таких справ.

Окреме провадження — це вид непозовного цивільного судочинства, в порядку якого розглядаються цивільні справи про підтвердження наявності або відсутності юридичних фактів, що мають значення для охорони прав та інтересів особи або створення умов здійснення нею особистих немайнових чи майнових прав або твердження наявності чи відсутності неоспорюваних прав.

Суд розглядає в порядку окремого провадження справи про:

1)обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною та поновлення цивільної дієздатності фізичної особи;

2) надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності;

3) визнання фізичної особи безвісно відсутньою чи оголошення її померлою:
4) усиновлення;
5) встановлення фактів, що мають юридичне значення;
6) відновлення прав на втрачені цінні папери на пред'явника та векселі;
7) передачу безхазяйної нерухомої речі у комунальну власність;
8) визнання спадщини відумерлою;
9) надання особі психіатричної допомоги в примусовому порядку;
10) обов'язкову госпіталізацію до протитуберкульозного закладу;
11) розкриття банком інформації, яка містить банківську таємницю, щодо юридичних та фізичних осіб.

У порядку окремого провадження розглядаються також справи про надання права на шлюб, про розірвання шлюбу за заявою подружжя, яке має дітей, **про** поновлення шлюбу після його розірвання, про встановлення режиму окремого проживання за заявою подружжя та інші справи у випадках, встановлених законом.

Під час розгляду справ окремого провадження суд зобов'язаний роз'яснити особам, які беруть участь у справі, їх права та обов'язки, сприяти у здійсненні та охороні гарантованих Конституцією **і** законами України прав, свобод чи інтересів фізичних або юридичних осіб, вживати заходів щодо всебічного, повного і об'єктивного з'ясування обставин справи.

З метою з'ясування обставин справи суд може за власною ініціативою витребувати необхідні докази.

Справи окремого провадження розглядаються судом з додержанням загальних правил, встановлених ЦПК України, за винятком положень щодо змагальності **та** меж судового розгляду. Інші особливості розгляду цих справ встановлені цим розділом.

Справи окремого провадження суд розглядає за участю заявника і заінтересованих осіб.

Справи окремого провадження не можуть бути передані на розгляд третейського суду і не можуть бути закриті у зв'язку з укладенням мирової угоди.

Якщо під час розгляду справи у порядку окремого провадження виникає спір про право, який вирішується в порядку позовного провадження, суд залишає заяву без розгляду і роз'яснює заінтересованим особам, що вони мають право подати позов на загальних підставах.

При ухваленні судом рішення судові витрати не відшкодовуються, якщо інше не встановлено законом.

Справи про встановлення фактів, що мають юридичне значення, розглядаються в порядку окремого провадження. Суд розглядає справи про встановлення факту:
1) родинних відносин між фізичними особами;
2) перебування фізичної особи на утриманні;
3) каліцтва, якщо це потрібно для призначення пенсії або одержання допомоги по загальнообов'язковому державному соціальному страхуванню;
4) реєстрації шлюбу, розірвання шлюбу, усиновлення;
5) проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу;
6) належності правовстановлюючих документів особі, прізвище, ім'я, по батькові, місце і час народження якої, що зазначені в документі, не збігаються з ім'ям, по батькові, прізвищем, місцем і часом народження цієї особи, зазначеним у свідоцтві про народження або в паспорті;
7) народження особи в певний час у разі неможливості реєстрації органом державної реєстрації актів цивільного стану факту народження;

8) смерті особи в певний час у разі неможливості реєстрації органом державної *реєстрації актів цивільного стану* факту смерті.

У судовому порядку можуть бути встановлені також інші факти, від яких залежить виникнення, зміна або припинення особистих чи майнових прав фізичних осіб, якщо законом не визначено іншого порядку їх встановлення.

Справи про встановлення факту належності особі паспорта, військового квитка, квитка про членство в об'єднанні громадян, а також свідоцтв, що їх видають органи державної реєстрації актів цивільного стану, судовому розгляду в окремому провадженні не підлягають.

Заява фізичної особи про встановлення факту, що має юридичне значення, подається до суду за місцем її проживання.

У заяві повинно бути зазначено:

1) який факт заявник просить встановити та з якою метою;

2) причини неможливості одержання або відновлення документів, що посвідчують цей факт;

3) докази, що підтверджують факт.

До заяви додаються докази, що підтверджують викладені в заяві обставини, і довідка про неможливість відновлення втрачених документів.

У рішенні суду повинно бути зазначено відомості про факт, встановлений судом, мету його встановлення, а також докази, на підставі яких суд установив пей факт.

Рішення суду про встановлення факту, який підлягає реєстрації в органах державної реєстрації актів цивільного стану або нотаріальному посвідченню, не замінює собою документів, що видаються цими органами, а є тільки підставою для одержання зазначених документів.

6.15. Встановлення неправильності запису в книгах реєстрації актів громадянського стану. Зміст заяви. Робо та адвоката у таких справах.

Ця категорія справ відповідно до Цивільного процесуального кодексу 1963 р. мала розглядатися загальним неспеціалізованим судом у порядку окремого провадження. Після прийняття і набрання чинності нового ЦПК України і КАС України такі справи мають розглядатись адміністративним судом у загальному порядку, що передбачений для оскарження рішень, дій чи бездіяльності державних органів або органів місцевого самоврядування, їх посадових чи службових осіб (див. питання 6.16).

6.16. Провадження у справах, що виникають з адміністративно-правових відносин. Скарги на рішення, дії чи бездіяльність державних органів, юридичних або службових осіб у сфері управлінської діяльності.

КАС України визначає повноваження адміністративних судів щодо розгляду справ адміністративної юрисдикції, порядок звернення до адміністративних судів і порядок здійснення адміністративного судочинства.

Завданням адміністративного, судочинства є захист прав, свобод та інтересів зізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових зідносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні

ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень.

До адміністративних судів можуть бути оскаржені будь-які рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів владних повноважень, крім випадків, коли щодо таких рішень, дій чи бездіяльності Конституцією чи законами України встановлено інший порядок судового провадження.

У справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони:

1) на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України;

2) з використанням повноваження з метою, з якою це повноваження надано:

3) обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії);

4) безсторонньо (неупереджено);

5) добросовісно;

6) розсудливо;

7) з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи несправедливій дискримінації;

8) пропорційно, зокрема з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія);

9) з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення;

10) своєчасно, тобто протягом розумного строку.

Правосуддя в адміністративних справах здійснюється адміністративними судами, юрисдикція яких поширюється на всі публічно-правові спори, крім спорів, для яких законом встановлений інший порядок судового вирішення.

Суд при вирішенні справи керується принципом законності, відповідно до якого органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їхні посадові: службові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Суд вирішує справи на підставі Конституції та законів України, а також міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Суд застосовує інші нормативно-правові акти, прийняті відповідним органом на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Уразі невідповідності нормативно-правового акта Конституції України, закону України, міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або іншому правовому акту суд застосовує правовий акт. який має вищу юридичну силу.

У разі виникнення в суду сумніву під час розгляду справи щодо відповідності закону чи іншого правового акта Конституції України, вирішення питання про конституційність якого належить до юрисдикції Конституційного Суду України, суд звертається до Верховного Суду України для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного Суду України подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта.

Якщо міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, встановлені інші правила, ніж ті, що встановлені законом, то застосовуються правила міжнародного договору.

У разі відсутності закону, що регулює відповідні правовідносини, суд застосовує закон, що регулює подібні правовідносини (аналогія закону), а за відсутності

такого закону суд виходить із конституційних принципів і загальних засад права (аналогія права).

КАС України передбачає, що кожен має право користуватися правовою допомогою при вирішенні справ в адміністративному суді, яка надається в порядку, встановленому законом. Для надання правової допомоги при вирішенні справ у судах в Україні діє адвокатура. У випадках, встановлених законом, правова допомога може надаватися й іншими фахівцями в галузі права. Порядок і умови надання правової допомоги, права й обов'язки адвокатів та інших фахівців у галузі права, які беруть участь в адміністративному процесі і надають правову допомогу, визначаються КАС України та іншими законами України.

Суд повністю або частково звільняє особу від оплати правової допомоги і забезпечує надання правової допомоги у випадках та порядку, встановлених законом, якщо відповідний орган відмовив особі у забезпеченні правової допомоги.

Органи та особи, які звертаються до адміністративного суду за захистом прав, свобод та інтересів інших осіб, не можуть закінчувати справу примиренням. Відмова таких органів та осіб від адміністративного позову або зміна позовних вимог не позбавляє особу, на захист прав, свобод та інтересів якої подано адміністративний позов, права вимагати від суду розгляду справи, вирішення адміністративного позову в попередньому обсязі.

Якщо фізична особа, яка має адміністративну процесуальну дієздатність і на захист прав, свобод та інтересів якої подано адміністративний позов, не підтримує позовні вимоги, суд залишає позовну заяву без розгляду.

Розгляд справи адміністративним судом

Адміністративні суди розглядають справи за заявами як фізичних, так і юридичних осіб (незалежно від того, чи є вони суб'єктами господарювання, чи ні) у тих випадках, якщо у них виник спір з суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень, дій чи бездіяльності. Крім того, адміністративні суди розглядають спори з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби; а також спори між суб'єктами владних повноважень з приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління; спори з приводу адміністративних договорів; спори щодо правовідносин, пов'язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму.

У системі адміністративних судів діють місцеві суди, апеляційні суди і касаційні суди.

Частину адміністративних справ розглядають загальні неспеціалізовані суди, але при цьому вони, за висловом законодавця, діють «як адміністративні суди». Отже, з якими спорами слід звертатись до загальних неспеціалізованих судів:

1) спори, в яких однією зі сторін є орган чи посадова (службова) особа **місцевого самоврядування,** крім тих, які підсудні місцевим адміністративним судам (звертаємо вашу увагу, що КАС України на відміну від іншого законодавства називає місцеві адміністративні суди окружними);

2) усі адміністративні справи з приводу рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень у справах про притягнення до адміністративної відповідальності.

Місцевим (окружним) **адміністративним судам** підсудні адміністративні справи, в яких однією зі сторін є **орган державної влади,** інший державний орган, орган влади АРК, їх посадова чи службова особа, крім справ з приводу їхніх рішень, дій чи бездіяльності у справах про адміністративні проступки (остання категорія справ, як ми вже з'ясували, підсудна місцевим неспеціалізованим судам).

Що означає «підсудні місцевим загальним судам як адміністративним судам»? Це означає, що справа буде розглядатися місцевим неспеціалізованим судом, але за правилами, встановленими Кодексом адміністративного судочинства України, тобто в порядку адміністративного судочинства.

Якщо позовні вимоги полягають в оскарженні дій або бездіяльності посадових чи службових осіб **місцевих органів виконавчої влади** (інакше кажучи, місцевих державних адміністрацій), такі справи розглядаються і вирішуються місцевим загальним судом як адміністративним судом або окружним адміністративним судом **за вибором позивача.**

Є і така категорія справ, які не розглядаються місцевими судами чи апеляційними судами, вони підлягають розгляду виключно **Вищим адміністративним судом України.** До них віднесені:

1) справи щодо встановлення Центральною виборчою комісією результатів виборів або всеукраїнського референдуму;

2) справи щодо скасування реєстрації кандидата на пост Президента України.

Категорія спору	Вид суду, що має розглядати спір
спори, в яких однією зі сторін є орган чи посадова (службова) особа місцевого самоврядування, крім тих, які підсудні місцевим адміністративним судам; усі адміністративні справи з приводу рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень у справах про притягнення до адміністративної відповідальності	місцевий неспеціалізований суд
справи, у яких однією зі сторін є **орган державної влади,** інший державний орган, орган влади Автономної Республіки Крим, їх посадова чи службова особа, крім справ з приводу їхніх рішень, дій чи бездіяльності у справах про адміністративні проступки	місцевий адміністративний суд
справи з оскарження дій або бездіяльності посадових чи службових осіб **місцевих органів виконавчої влади**	місцевий неспеціалізований суд або місцевий адміністративний суд за вибором позивача
справи щодо встановлення Центральною виборчою комісією результатів виборів або всеукраїнського референдуму; справи щодо скасування реєстрації кандидата на пост Президента України	Вищий адміністративний суд України

Але визначити, який суд — місцевий неспеціалізований чи місцевий адміністративний — має розглядати позовну заяву, ще недостатньо, адже на територію місцезнаходження (або місця проживання) і територію місцезнаходження суб'єкта владних повноважень, чиї дії, рішення або бездіяльність якого оскаржуються, може поширюватись компетенція різних судів.

За загальним правилом адміністративні справи вирішуються адміністративним судом **за місцезнаходженням відповідача.** Але з цього правила є доволі суттєві виключення.

Перше. Адміністративні справи з приводу оскарження правових актів **індивідуальної дії** (тобто актів, які поширюють свою дію тільки на чітко визначеного суб'єкта чи коло суб'єктів), а також дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень, які стосуються інтересів **конкретної особи,** вирішуються адміністративними судами **за місцем проживання** (перебування, знаходження) **позивача.** Таких справ більшість, адже, як правило, фізичні й юридичні особи оскаржують саме ті рішення, дії, бездіяльність суб'єктів владних повноважень, які були спрямовані на врегулювання саме їх діяльності й не поширювалися на інших суб'єктів.

Друге. Адміністративні справи з приводу оскарження нормативно-правових актів Президента України, Кабінету Міністрів України, міністерства чи іншого центрального органу виконавчої влади, Національного банку України чи іншого суб'єкта владних повноважень, повноваження якого поширюються на всю територію України; адміністративні справи, відповідачем у яких є закордонне дипломатичне чи консульське представництво України, їхня посадова чи службова особа; а також адміністративні справи про анулювання реєстраційного свідоцтва політичної партії, про заборону (примусовий розпуск, ліквідацію) політичної партії вирішуються місцевим (окружним) адміністративним судом, територіальна юрисдикція якого поширюється на місто Київ.

Таким чином, **за місцезнаходженням відповідача** (суб'єкта владних повноважень) будуть розглядатися справи про оскарження нормативних актів органів державної влади чи органів місцевого самоврядування (тобто актів, які не мають конкретних адресатів, а встановлюють загальні правила поведінки; це не виключає можливості, щоб такі загальні правила стосувалися діяльності певної групи суб'єктів — наприклад, підприємців, або виробників сільськогосподарської продукції, або платників єдиного податку; такі акти не вважаються актами індивідуальної дії).

Позивач може заявити кілька вимог в одній позовній заяві тільки у тому випадку, якщо вони пов'язані між собою і підсудні одному адміністративному суду.

Адміністративним судом можуть розглядатися також вимоги про відшкодування шкоди, заподіяної протиправними рішеннями, діями чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень або іншим порушенням прав, свобод та інтересів суб'єктів публічно-правових відносин, якщо вони заявлені в одному провадженні з вимогою вирішити публічно-правовий спір. У протилежному випадку вимоги про відшкодування шкоди вирішуються судами в порядку цивільного або господарського судочинства.

Категорія спору	Територіальна юрисдикція
справи з приводу оскарження правових актів **індивідуальної дії,** а також дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень, які стосуються інтересів **конкретної особи,** адміністративними судами	адміністративний суд **за місцем проживання** (перебування, знаходження) **позивача**
справи з приводу оскарження нормативно-правових актів суб'єктів владних повноважень, повноваження яких поширюються на всю територію України; справи, відповідачем у яких є закордонне дипломатичне чи консульське представництво України, їхня посадова чи службова особа; справи про анулювання реєстраційного свідоцтва політичної партії, про заборону (примусовий розпуск, ліквідацію) політичної партії	місцевий (окружний) адміністративний суд, територіальна юрисдикція якого поширюється на місто Київ
інші категорії справ, зокрема, справи про оскарження нормативних актів органів державної влади чи органів місцевого самоврядування	адміністративний суд **за місцем знаходження відповідача**

Розгляд адміністративних справ у перехідний період

В деяких регіонах України до початку діяльності місцевих (окружних) та апеляційних адміністративних судів підсудні їм справи будуть вирішуватись у першій та апеляційній інстанціях відповідними місцевими та апеляційними загальними судами за правилами Кодексу адміністративного судочинства України. Після початку діяльності місцевого (окружного) адміністративного суду адміністра-

тивні позови, подані до відповідних місцевих загальних судів у справах, що підсудні місцевому (окружному) адміністративному суду, мають бути передані цими судами до місцевого (окружного) адміністративного суду, якщо провадження у справі ще не відкрито.

Після початку діяльності апеляційного адміністративного суду апеляційні скарги в адміністративних справах, подані до відповідних апеляційних загальних судів, також передаються цими судами до апеляційного адміністративного суш якщо апеляційне провадження у справі ще не відкрито.

Адміністративні справи, провадження в яких було відкрито місцевими та апеляційними загальними судами до початку діяльності відповідного адміністративного суду, розглядаються і вирішуються цими судами.

До початку діяльності місцевих (окружних) та апеляційних адміністративних судів адміністративні справи, підвідомчі господарським судам відповідно до Господарського процесуального кодексу України, вирішують у першій та апеляційній інстанціях відповідні місцеві та апеляційні господарські суди за правилами Кодексу адміністративного судочинства України. Касаційний перегляд рішень за такими справами здійснює Вищий адміністративний суд України за правилами Кодексу адміністративного судочинства України.

Витрати, пов'язані з судовим розглядом справи

Суб'єкт, який звертається до суду, має пам'ятати, що судовий розгляд справи супроводжується певними витратами, які несуть сторони спору. Ці витрати складаються із судового збору та витрат, пов'язаних з розглядом справи.

Особа, яка звертається до адміністративного суду із позовною заявою, повинна сплатити судовий збір. Кодекс адміністративного судочинства передбачає, **шо розмір судового збору,** порядок його сплати і звільнення від сплати встановлюються законом. На сьогодні такий закон ще не прийнятий. До набрання чинності законом, який регулює порядок сплати і розміри судового збору, судовий збір при зверненні до адміністративного суду сплачується у порядку, встановленому законодавством для державного мита (тобто відповідно до *Декрету Кабінету Міністрів України «Про державне мито» від 21 січня 1993р. № 7-93).* У спорах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень розмір державного мита (судовий збір) становить 0,2 неоподатковуваного мінім] му доходів громадян (3 грн 40 коп.). Якщо у позовній заяві містяться майнові вимоги про стягнення грошових коштів, розмір судового збору становить один відсоток від розміру таких вимог, але не більше 1700 грн. Якщо судовий **збір** сплачено у більшому розмірі, ніж встановлено законом, переплата повертається ухвалою суду за клопотанням особи, яка сплатила судовий збір.

Крім судового збору сторони несуть **витрати, пов'язані з розглядом справи.** До них належать:

1) витрати на правову допомогу;

2) витрати сторін та їхніх представників, що пов'язані із прибуттям до суду:

3) витрати, пов'язані із залученням свідків, спеціалістів, перекладачів та проведенням судових експертиз;

4) витрати, пов'язані з проведенням огляду доказів на місці та вчиненням інших дій, необхідних для розгляду справи.

Суд, враховуючи майновий стан сторони, може своєю ухвалою зменшити розмір належних до оплати судових витрат чи звільнити від їх оплати повністю або частково, чи відстрочити або розстрочити сплату судових витрат на визнаний строк. Якщо у строк, встановлений судом, судові витрати не будуть оплаче - позовна заява залишається без розгляду або витрати розподіляються між сторона-

ми відповідно до судового рішення у справі, якщо оплату судових витрат розстрочено або відстрочено до ухвалення судового рішення у справі.

Витрати, пов'язані з оплатою допомоги адвоката або іншого фахівця в галузі права, які надають правовудопомогу за договором, несуть сторони, крім випадків надання безоплатної правової допомоги, передбачених законом. У разі звільнення сторони від оплати надання їй правової допомоги витрати на правовудопомогу здійснюються за рахунок Державного бюджету України. Хоча Кодекс адміністративного судочинства України передбачає, що граничний розмір компенсації витрат на правову допомогу встановлюється законом, на сьогодні такий розмір встановлено постановою Кабінету Міністрів України «Про граничні розміри компенсації витрат, пов'язаних з розглядом цивільних та адміністративних справ, і порядок їх компенсації за рахунок держави» від 27 квітня 2006 р. № 590.

Компенсація в адміністративних справах	Граничний розмір компенсації
1. Витрати, пов'язані з правовою допомогою стороні, на користь якої ухвалено судове рішення і яка не є суб'єктом владних повноважень:	
1) якщо компенсація сплачується суб'єктом владних повноважень	не перевищує суму, що обчислюється виходячи з того, що зазначеній особі, виплачується 40 відсотків розміру мінімальної заробітної плати за годину її роботи
;2) якщо компенсація відповідно до закону сплачується за рахунок держави	не перевищує суму, що обчислюється виходячи з того, що особі, яка надає правову допомогу, виплачується 5 відсотків розміру мінімальної заробітної плати за повний робочий день
2. За втрачений заробіток - стороні, на користь якої ухвалено судове рішення і яка не є суб'єктом владних повноважень, її представникові у зв'язку з явкою до суду	обчислюється за кожну годину пропорційно до середньої заробітної плати особи. Загальний розмір виплати не може перевищувати суму, розраховану за відповідний час виходячи із трикратного розміру мінімальної заробітної плати
3. За відрив від звичайних занять - стороні, на користь якої ухвалено судове рішення і яка не є суб'єктом владних повноважень, її представникові у зв'язку з явкою до суду	обчислюється пропорційно до розміру мінімальної заробітної плати особи і не може перевищувати її розмір, обчислений за фактичні години відриву від звичайних занять
4. На виплату винагороди спеціалістам, перекладачам	обчислюється за кожну годину пропорційно до середньої заробітної плати особи, розрахованої відповідно до абзацу третього пункту 2 Порядку обчислення середньої заробітної плати, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 8 лютого 1995 р. № 100. Загальний розмір виплати не може перевищувати суми, розрахованої за відповідний час виходячи із трикратного розміру мінімальної заробітної плати
5. Витрати: 1) пов'язані з переїздом до іншого населеного пункту та за наймання житла - стороні, на користь якої ухвалено судове рішення і яка не є суб'єктом владних повноважень, та її представникові, а також свідкам, спеціалістам, перекладачам та експертам	не можуть перевищувати встановлені законодавством норми відшкодування витрат на відрядження

Суд за клопотанням однієї зі сторін визначає грошовий розмір судових витрат, які повинні бути їй компенсовані.

Компенсація в адміністративних справах	Граничний розмір компенсації
2) пов'язані з проведенням судової експертизи	не можуть перевищувати нормативну вартість проведення відповідних видів судової експертизи у науково-дослідних установах Мін'юсту
3) пов'язані з проведенням огляду доказів за місцем та вчиненням інших дій, необхідних для розгляду справи	не можуть перевищувати 50 % розміру мінімальної заробітної плати за сукупність дій, необхідних для розгляду справи

Розподіл судових витрат

На чию користь ухвалено рішення	На кого покладаються судові витрати
судове рішення ухвалене на користь сторони, яка не є суб'єктом владних повноважень	суд присуджує всі здійснені нею документально підтверджені судові витрати з Державного бюджету України (або відповідного місцевого бюджету, якщо іншою стороною був орган місцевого самоврядування, його посадова чи службова особа
судове рішення ухвалене на користь сторони - суб'єкта владних повноважень	суд присуджує з іншої сторони всі здійснені нею документально підтверджені судові витрати, пов'язані із залученням свідків та проведенням судових експертиз
адміністративнии позов задоволено частково	судові витрати, здійснені позивачем, присуджуються йому відповідно до задоволених вимог, а відповідачу - відповідно до тієї частини вимог. у задоволенні яких позивачеві відмовлено
справи, в яких позивачем є суб'єкт владних повноважень, а відповідачем - фізична чи юридична особа	судові витрати, здійснені позивачем, з відповідача не стягуються
відмова у задоволенні позовних вимог позивача, звільненого від сплати судових витрат, а також залишення адміністративного позову без розгляду	судові витрати, понесені відповідачем, компенсуються за рахунок Державного бюджету України
відмова позивача від адміністративного позову	понесені позивачем витрати відповідачем не відшкодовуються, а витрати відповідача за його заявою стягуються із позивача, крім випадків, коли позивач звільнений від сплати с дових витрат
якщо позивач відмовився від адміністративного позову внаслідок його задоволення відповідачем після подання адміністративного позову	суд за заявою позивача присуджує всі понесені ним у справі витрати із відповідача
спір вирішується шляхом примирення і сторони не дійшли згоди щодо розподілу судових витрат	кожна сторона у справі несе половину судових витрат

Особи, які беруть участь у справі, свідки, експерти, спеціалісти, перекладача можуть оскаржити судове рішення щодо судових витрат, якщо це стосується їхніх інтересів.

Форма і зміст адміністративного позову

Адміністративний позов подається до адміністративного суду у формі письмової позовної заяви особисто позивачем або його представником. Позовна заява може бути надіслана до адміністративного суду поштою.

У позовній заяві зазначаються:

1) найменування адміністративного суду, до якого подається позовна заява.

2) ім'я (найменування) позивача, поштова адреса, а також номер засобу зв*язку, адреса електронної пошти, якщо такі є;

3) ім'я (найменування) відповідача, посада і місце служби посадової чи службової особи, поштова адреса, а також номер засобу зв'язку, адреса електронної пошти, якщо такі відомі;

4) зміст позовних вимог і виклад обставин, якими позивач обґрунтовує свої вимоги;

5) у разі необхідності — клопотання про звільнення від сплати судового збору; про звільнення від оплати правової допомоги і забезпечення надання правової допомоги, якщо відповідний орган відмовив особі у забезпеченні правової допомоги; про призначення судової експертизи; про витребування доказів; про виклик свідків тощо;

6) перелік документів та інших матеріалів, що додаються.

Зміст позовних вимог може полягати у такому:

1) скасувати або визнати нечинним рішення відповідача-суб'єкта владних повноважень повністю чи окремих його положень;

2) зобов'язати відповідача-суб'єкта владних повноважень прийняти рішення або вчинити певні дії;

3) зобов'язати відповідача-суб'єкта владних повноважень утриматися від вчинення певних дій;

4) стягнути з відповідача-суб'єкта владних повноважень кошти на відшкодування шкоди, завданої його незаконним рішенням, дією або бездіяльністю;

5) виконати зупинену чи невчинену дію;

6) встановити наявність чи відсутність компетенції (повноважень) суб'єкта владних повноважень.

На підтвердження обставин, якими обґрунтовуються позовні вимоги, позивач зазначає докази, про які йому відомо і які можуть бути використані судом. До позовної заяви потрібно додати її копії та копії всіх документів, що приєднуються до неї, відповідно до кількості відповідачів, документ про сплату судового збору, крім випадків, коли його не належить сплачувати.

Позовна заява підписується позивачем або його представником із зазначенням дати її підписання.

Якщо позовна заява подається представником, то у ній зазначаються ім'я представника, його поштова адреса, а також номер засобу зв'язку? адреса електронної пошти, якщо такі є. Одночасно з позовною заявою подається довіреність чи інший документ, що підтверджує повноваження представника.

6.17. Право апеляційного оскарження судових рішень і ухвал. Строки оскарження. Форма і зміст апеляційної скарги. Пояснення на апеляційну скаргу. Методика складення апеляційної скарги. Порядок її подання.

Апеляційною інстанцією у цивільних справах є судові палати у цивільних справах апеляційних загальних судів, у межах територіальної юрисдикції яких знаходиться місцевий суд, який ухвалив судове рішення, що оскаржується.

Сторони та інші особи, які беруть участь у справі, а також особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права та обов'язки, мають право оскаржити в апеляційному порядку рішення суду першої інстанції повністю або частково.

Окремо від рішення суду можуть бути оскаржені в апеляційному порядку ухвали суду першої інстанції щодо:

1) відмови у прийнятті заяви про видачу судового наказу або скасуванні судового наказу;

2) забезпечення позову, а також щодо скасування забезпечення позову;

3) повернення заяви позивачеві (заявникові);

4) відмови у відкритті провадження у справі;
5) відкриття провадження у справі з недотриманням правил підсудності;
6) передачі справи на розгляд іншому суду;
7) відмови поновити або продовжити пропущений процесуальний строк;
8) визнання мирової угоди за клопотанням сторін;
9) визначення розміру судових витрат;
10) внесення виправлень у рішення;
11) відмови ухвалити додаткове рішення;
12) роз'яснення рішення;
13) зупинення провадження у справі;
14) закриття провадження у справі;
15) залишення заяви без розгляду;
16) залишення заяви про перегляд заочного рішення без розгляду;
17) відхилення заяви про перегляд судового рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами;
18) видачі дубліката виконавчого листа;
19) поновлення пропущеного строку для пред'явлення виконавчого документа до виконання;
20) відстрочки і розстрочки, зміни чи встановлення способу і порядку виконання рішення;
21) тимчасового влаштування дитини до дитячого або лікувального закладу:
22) оголошення розшуку відповідача (боржника) або дитини;
23) примусового проникнення до житла;
24) звернення стягнення на грошові кошти, що знаходяться на рахунках;
25) заміни сторони виконавчого провадження;
26) визначення частки майна боржника у майні, яким він володіє спільно з іншими особами;
27) рішень, дій або бездіяльності державного виконавця чи іншої посадової особи державної виконавчої служби;
28) повороту виконання рішення суду;
29) виправлення помилки у виконавчому листі або визнання виконавчого листа таким, що не підлягає виконанню;
29) відмови в поновленні втраченого судового провадження;
30) звільнення (призначення) опікуна чи піклувальника.

Заперечення на ухвали, що не підлягають оскарженню окремо від рішення суду, включаються до апеляційної скарги на рішення суду.

Заяву про апеляційне оскарження рішення суду першої інстанції може бути подано протягом десяти днів з дня проголошення рішення. Апеляційна скарга на рішення суду подається протягом двадцяти днів після подання заяви про апеляційне оскарження.

Заяву про апеляційне оскарження ухвали суду першої інстанції може бути подано протягом п'яти днів з дня проголошення ухвали. Апеляційна скарга на ухвалу суду подається протягом десяти днів після подання заяви про апеляційне оскарження.

Заява про апеляційне оскарження чи апеляційна скарга, подані після закінчення строків, встановлених ст. 294 ЦПК України, залишаються без розгляду, якщо апеляційний суд за заявою особи, яка їх подала, не знайде підстав для поновлення строку, про що постановляється ухвала.

Заява про апеляційне оскарження та апеляційна скарга подаються у письмовій формі і має містити:

1) найменування суду, до якого подається заява;

2) ім'я (найменування) особи, яка подає заяву, її місце проживання або місцезнаходження;

3) рішення або ухвала, що оскаржуються.

В апеляційній скарзі мають бути зазначені:

1) найменування суду, до якого подається скарга;

2) ім'я (найменування) особи, яка подає скаргу, її місце проживання або місцезнаходження;

3) ім'я (найменування) осіб, які беруть участь у справі, їх місце проживання або місцезнаходження;

4) дата подання заяви про апеляційне оскарження;

5) в чому полягає незаконність і (або) необґрунтованість рішення або ухвали (неповнота встановлення обставин, які мають значення для справи, та (або) неправильність встановлення обставин, які мають значення для справи, внаслідок необґрунтованої відмови у прийнятті доказів, неправильного їх дослідження чи оцінки, неподання доказів з поважних причин та (або) неправильне визначення відповідно до встановлених судом обставин правовідносин);

6) нові обставини, які підлягають встановленню, докази, які підлягають дослідженню чи оцінці, обґрунтування поважності причин неподання доказів у суд першої інстанції, заперечення проти доказів, використаних судом першої інстанції;

7) клопотання особи, яка подала скаргу;

8) перелік документів та інших матеріалів, що додаються.

Апеляційна скарга може бути подана без попереднього подання заяви про апеляційне оскарження, якщо скарга подається ' строк, встановлений для подання заяви про апеляційне оскарження.

Заява про апеляційне оскарження та апеляційна скарга підписуються особою, яка їх подає, або її представником.

До заяви про апеляційне оскарження чи апеляційної скарги, поданих представником, повинна бути додана довіреність або інший документ, що посвідчує повноваження представника, якщо ці документи раніше не подавалися.

До заяви про апеляційне оскарження та апеляційної скарги додаються копії заяви, скарги та доданих письмових матеріалів відповідно до кількості осіб, які беруть участь у справі.

Заява про апеляційне оскарження та апеляційна скарга подаються апеляційному суду через суд першої інстанції, який ухвалив оскаржуване судове рішення.

Суд першої інстанції після одержання усіх апеляційних скарг у справі від осіб, які подали заяви про апеляційне оскарження, або через три дні після закінчення строку на подання апеляційної скарги надсилає їх разом зі справою до апеляційного суду. Апеляційні скарги, що надійшли після цього, не пізніше наступного робочого дня після їхнього надходження направляються до апеляційного суду.

Справа реєструється в апеляційному суді і передається в порядку черговості судді-доповідачу. Протягом трьох днів після надходження справи суддя-доповідач вирішує питання про прийняття апеляційної скарги до розгляду апеляційним судом.

Про прийняття апеляційної скарги до розгляду або повернення скарги суддя-доповідач постановляє ухвалу. Ухвалу судді про повернення апеляційної скарги може бути оскаржено в касаційному порядку.

При надходженні неналежно оформленої справи, з нерозглянутими зауваженнями на правильність і повноту фіксування судового процесу технічними засоба-

ми або з нерозглянутими письмовими зауваженнями щодо повноти чи неправильності протоколу судового засідання, або без вирішення питання про ухвалення додаткового рішення суддя-доповідач повертає справу до суду першої інстанції, про що постановляє ухвалу із зазначенням строку, протягом якого суд першої інстанції має усунути недоліки.

Апеляційний суд не пізніше наступного дня після постановлений ухвали про прийняття апеляційної скарги до розгляду надсилає копії заяви про апеляційне оскарження, апеляційної скарги та доданих до них матеріалів особам, які беруть участь у справі, і встановлює строк, протягом якого можуть бути подані ними заперечення на апеляційну скаргу.

Особи, які беруть участь у справі, мають право приєднатися до апеляційної скарги, поданої особою, на стороні якої вони виступали. До апеляційної скарги мають право приєднатися також особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права та обов'язки.

Заяву про приєднання до апеляційної скарги може бути подано до початку розгляду справи в апеляційному суді.

За подання заяви про приєднання до апеляційної скарги судовий збір не сплачується.

Особа, яка подала апеляційну скаргу, має право доповнити чи змінити її протягом строку на апеляційне оскарження.

Особа, яка подала апеляційну скаргу, має право відкликати її до початку розгляду справи в апеляційному суді, а друга сторона має право визнати апеляційну скаргу обґрунтованою в повному обсязі чи в певній частині.

При відкликанні апеляційної скарги суддя, який готував справу до розгляду в апеляційному суді, постановляє ухвалу про повернення скарги.

Особа, яка подала апеляційну скаргу, має право протягом усього часу розгляду справи відмовитися від неї повністю або частково. Питання про прийняття відмови від апеляційної скарги і закриття у зв'язку з цим апеляційного провадження вирішується апеляційним судом, що розглядає справу, в судовому засіданні. Повторне оскарження цього рішення, ухвали з тих самих підстав не допускається.

Визнання апеляційної скарги другою стороною враховується апеляційним судом у частині наявності або відсутності фактів, які мають значення для вирішення справи.

Протягом десяти днів з дня отримання справи суддя-доповідач в порядку підготовки справи до розгляду в апеляційному суді вчиняє такі дії:

1) з'ясовує питання про склад осіб, які беруть участь у справі;

2) визначає характер спірних правовідносин та закон, який їх регулює;

3) з'ясовує обставини, на які посилаються сторони та інші особи, які беруть участь у справі, як на підставу своїх вимог і заперечень;

4) з'ясовує, які обставини визнаються чи заперечуються сторонами та іншими особами;

5) вирішує питання щодо поважності причин неподання доказів до суду першої інстанції;

6) за клопотанням сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, вирішує питання про виклик свідків, призначення експертизи, витребування доказів, судових доручень щодо збирання доказів, залучення до участі у справі спеціаліста, перекладача;

7) за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, вирішує питання щодо вжиття заходів забезпечення позову;

8) вчиняє інші дії, пов'язані із забезпеченням апеляційного розгляду справи.

Після проведення підготовчих дій суддя-доповідач доповідає про них колегії суддів, яка в разі необхідності вирішує питання про проведення додаткових підготовчих дій та призначення справи до розгляду.

Справа має бути призначена до розгляду у розумний строк, але не пізніше п'ятнадцяти днів після закінчення дій підготовки справи до розгляду.

Під час розгляду справи в апеляційному порядку апеляційний суд перевіряє законність і обґрунтованість рішення суду першої інстанції в межах доводів апеляційної скарги та вимог, заявлених у суді першої інстанції.

Апеляційний суд досліджує докази, які судом першої інстанції були досліджені з порушенням встановленого порядку або в дослідженні яких було неправомірно відмовлено, а також нові докази, неподання яких до суду першої інстанції було зумовлено поважними причинами.

Апеляційний суд не обмежений доводами апеляційної скарги, якщо під час розгляду справи буде встановлено неправильне застосування норм матеріального права або порушення норм процесуального права, які є обов'язковою підставою для скасування рішення.

Якщо поза увагою доводів апеляційної скарги залишилась очевидна незаконність або необґрунтованість рішення суду першої інстанції у справах окремого провадження, апеляційний суд перевіряє справу в повному обсязі.

Справа розглядається апеляційним судом за правилами, встановленими для розгляду справи судом першої інстанції, з деякими винятками і доповненнями.

Суддя-доповідач доповідає зміст рішення (ухвали), яке оскаржено, доводи апеляційної скарги, межі, в яких повинні здійснюватися перевірка рішення (ухвали), встановлюватися обставини і досліджуватися докази.

Після доповіді судді-доповідача пояснення дає особа, яка подала апеляційну скаргу. Якщо апеляційні скарги подали обидві сторони, — першим дає пояснення позивач. Далі дають пояснення інші особи, які беруть участь у справі.

Закінчивши з'ясування обставин і перевірку їх доказами, апеляційний суд надає особам, які беруть участь у справі, можливість виступити у судових дебатах в такій самій послідовності, в якій вони давали пояснення.

На початку судового засідання суд може оголосити про час, який відводиться для судових дебатів. Кожній особі, яка бере участь у розгляді справи в апеляційному суді, надається однаковий проміжок часу для виступу.

Після закінчення дебатів суд виходить до нарадчої кімнати.

У разі потреби під час розгляду справи може бути оголошено перерву або розгляд її відкладено.

Апеляційний суд відкладає розгляд справи в разі неявки у судове засідання особи, яка бере участь у справі, щодо якої немає відомостей про вручення їй судової повістки, або за її клопотанням, коли повідомлені нею причини неявки буде визнано судом поважними.

Неявка сторін або інших осіб, які беруть участь у справі, належним чином повідомлених про час і місце розгляду справи, не перешкоджає розглядові справи.

В апеляційному суді позивач має право відмовитися від позову, а сторони — укласти мирову угоду відповідно до загальних правил про ці процесуальні дії незалежно від того, хто подав апеляційну скаргу.

За наслідками розгляду апеляційної скарги на рішення суду першої інстанції апеляційний суд має право:

1) постановити ухвалу про відхилення апеляційної скарги і залишення рішення без змін;

2) скасувати рішення суду першої інстанції і ухвалити нове рішення по суті позовних вимог;

3) змінити рішення;

4) постановити ухвалу про скасування рішення суду першої інстанції і закриття провадження у справі або залишення заяви без розгляду;

5) постановити ухвалу про повне або часткове скасування рішення суду першої інстанції і направити справу на новий розгляд до суду першої інстанції.

За наслідками розгляду скарги на ухвалу суду першої інстанції апеляційний суд має право:

1) постановити ухвалу про відхилення апеляційної скарги і залишення ухвали без змін;

2) скасувати ухвалу і постановити нову ухвалу;

3) змінити ухвалу;

4) скасувати ухвалу і передати питання на новий розгляд суду першої інстанції.

Апеляційний суд відхиляє апеляційну скаргу і залишає рішення без змін. якщо визнає, що суд першої інстанції ухвалив рішення з додержанням норм матеріального і процесуального права.

Не може бути скасоване правильне по суті і справедливе рішення суду з одних лише формальних міркувань.

Підставами для скасування рішення суду першої інстанції і ухвалення нового рішення або зміни рішення є:

1) неповне з'ясування судом обставин, що мають значення для справи;

2) недоведеність обставин, що мають значення для справи, які суд вважав встановленими;

3) невідповідність висновків суду обставинам справи;

4) порушення або неправильне застосування норм матеріального або процес уального права.

Норми матеріального права вважаються порушеними або неправильно застосованими, якщо застосовано закон, який не поширюється на ці правовідносини, або не застосовано закон, який підлягав застосуванню.

Порушення норм процесуального права можуть бути підставою для скасування або зміни рішення, якщо це порушення призвело до неправильного вирішення справи.

Рішення суду підлягає скасуванню з направленням справи на новий розгляд, якщо:

1) справу розглянуто неповноважним суддею або складом суду;

2) рішення ухвалено чи підписано не тим суддею, який розглядав справу;

3) справу розглянуто за відсутності будь-кого з осіб, які беруть участь у справ належним чином не повідомлених про час і місце судового засідання;

4) суд вирішив питання про права та обов'язки осіб, які не брали участь у справі;

5) суд розглянув не всі вимоги і цей недолік не був і не міг бути усунений ухваленням додаткового рішення судом першої інстанції.

Висновки і мотиви, з яких скасовані рішення, є обов'язковими для суду першої інстанції при новому розгляді справи.

Розглянувши скаргу на ухвалу суду першої інстанції, апеляційний суд:

1) відхиляє скаргу і залишає ухвалу без змін, якщо судом першої інстанції постановлено ухвалу з додержанням вимог закону;

2) змінює або скасовує ухвалу суду першої інстанції і постановляє ухвал; цього питання, якщо воно було вирішено судом першої інстанції з порушенням

норм процесуального права або при правильному вирішенні було помилково сформульовано суть процесуальної дії чи підстави її застосування;

3) скасовує ухвалу і передає питання на новий розгляд до суду першої інстанції, якщо останній порушив порядок, встановлений для його вирішення.

Рішення апеляційного суду оформлюється суддею-доповідачем і підписується всім складом суду, який розглядав справу.

Розглянувши справу, апеляційний суд постановляє ухвалу у випадках:

1) відхилення апеляційної скарги і залишення рішення суду без змін;

2) скасування рішення з направленням справи на новий розгляд;

3) скасування рішення суду із закриттям провадження у справі або залишенням заяви без розгляду;

4) відхилення апеляційної скарги і залишення ухвали суду без змін;

5) зміни ухвали суду першої інстанції;

6) скасування ухвали з направленням на новий розгляд або вирішенням питання по суті.

Апеляційний суд ухвалює рішення у випадках скасування судового рішення і ухвалення нового або зміни рішення.

Ухвала суду апеляційної інстанції складається з:

1) вступної частини із зазначенням:

— часу і місця її постановлення;

— найменування суду;

— прізвищ та ініціалів головуючого і суддів;

— прізвища та ініціалів секретаря судового засідання;

— найменування справи та повних імен (найменувань) осіб, які беруть участь у справі;

2) описової частини із зазначенням:

— короткого змісту вимог апеляційної скарги і судового рішення суду першої інстанції;

—узагальнених доводів особи, яка подала апеляційну скаргу;

—узагальнених доводів та заперечень інших осіб, які беруть участь у справі;

—встановлених судом першої інстанції обставин;

3) мотивувальної частини із зазначенням:

—мотивів, з яких апеляційний суд виходив при постановленні ухвали, і положення закону, яким він керувався;

4) резолютивної частини із зазначенням:

—висновку апеляційного суду;

—розподілу судових витрат;

—строку і порядку набрання ухвалою законної сили та її оскарження.

Уразі відхилення апеляційної скарги в ухвалі зазначаються мотиви її відхилення.

У разі скасування рішення суду першої інстанції і направлення справи на новий розгляд до суду першої інстанції в ухвалі повинно бути зазначено, які порушення закону були допущені судом першої інстанції.

Рішення апеляційного суду складається з:

1) вступної частини із зазначенням:

—часу і місця його ухвалення;

—найменування суду;

—прізвищ та ініціалів головуючого і суддів;

—прізвища та ініціалів секретаря судового засідання;

—найменування справи та повних імен (найменувань) осіб, які беруть участь у справі;

2) описової частини із зазначенням:

—короткого змісту позовних вимог і рішення суду першої інстанції;

—короткого змісту вимог апеляційної скарги;

—узагальнених доводів особи, яка подала апеляційну скаргу;

—узагальнених доводів та заперечень інших осіб, які беруть участь у справі;

3) мотивувальної частини із зазначенням:

—мотивів зміни рішення, скасування рішення суду першої інстанції і ухвалення нового рішення;

—встановлених судом першої інстанції та не оспорених обставин, а також обставин, встановлених апеляційним судом, і визначених відповідно до них правовідносин;

—чи були і ким порушені, невизнані або оспорені права, свободи чи інтереси, за захистом яких особа звернулася до суду;

—назви, статті, її частини, абзацу, пункту, підпункту закону, на підставі якого вирішено справу, а також процесуального закону, яким суд керувався;

4) резолютивної частини із зазначенням:

—висновку апеляційного суду про зміну чи скасування рішення, задоволення позову або відмову в позові повністю чи частково;

—висновку апеляційного суду по суті позовних вимог;

—розподілу судових витрат;

—строку і порядку набрання рішенням законної сили та його оскарження.

Якщо апеляційні скарги на рішення або ухвалу суду першої інстанції були подані в установлені ЦПК України строки, але надійшли до суду після закінчення апеляційного розгляду справи або коли строки на подання апеляційної скарги у зв'язку з пропущенням їх з поважних причин були поновлені або продовжені і особа, яка подала апеляційну скаргу, не була присутня під час розгляду справи, апеляційний суд розглядає цю скаргу за загальними правилами.

Рішення або ухвала апеляційного суду набирають законної сили з моменту : проголошення.

Апеляційний суд у випадках і в порядку, встановлених Кодексом, може постановити окрему ухвалу. Суд може також постановити окрему ухвалу, в якій зазначити порушення норм права і помилки, допущені судом першої інстанції, які не є підставою для скасування рішення чи ухвали суду першої інстанції.

Копії судових рішень апеляційного суду повторно видаються судом першої інстанції, де зберігається справа.

Після закінчення апеляційного провадження справа у семиденний строк направляється до суду першої інстанції, який її розглянув.

6.18. Право касаційного оскарження рішень. Строки оскарження. Форма і зміст касаційної скарги. Пояснення на касаційну скаргу. Методика складення касаційної скарги. Порядок її подання.

Сторони та інші особи, які беруть участь у справі, а також особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права, свободи чи обов'язки, мають право оскаржити у касаційному порядку:

1) рішення суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку рішення і ухвали апеляційного суду, ухвалені за результатами апеляційного розгляду;

2) ухвали суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку і; ухвали апеляційного суду, якщо вони перешкоджають подальшому провадженню у справі.

Підставами касаційного оскарження є неправильне застосування судом норм матеріального права чи порушення норм процесуального права.

Касаційна скарга може бути подана протягом двох місяців з дня набрання законної сили рішенням (ухвалою) апеляційного суду. У разі пропущення цього строку з причин, визнаних поважними, суддя касаційної інстанції за заявою особи, яка подала скаргу, може поновити цей строк.

Касаційна скарга, подана після закінчення строку на касаційне оскарження, повертається особі, яка її подала, якщо вона не порушує питання про поновлення цього строку, а також коли у поновленні строку відмовлено.

Питання про поновлення строку на касаційне оскарження і про повернення касаційної скарги вирішується суддею-доповідачем, про що постановляється відповідна ухвала.

Касаційна скарга подається у письмовій формі й має містити зазначення:

1) найменування суду, до якого подається скарга;

2) ім'я (найменування) особи, яка подає скаргу, її місце проживання або місцезнаходження;

3) ім'я (найменування) осіб, які беруть участь у справі, їх місце проживання або місцезнаходження;

4) рішення (ухвала), що оскаржується;

5) в чому полягає неправильне застосування судом норм матеріального права чи порушення норм процесуального права;

6) клопотання особи, яка подає скаргу;

7) перелік письмових матеріалів, що додаються до скарги.

Касаційна скарга підписується особою, яка подає скаргу, або її представником.

До касаційної скарги, поданої представником, повинна бути додана довіреність або інший документ, що посвідчує повноваження представника, а також копії скарги та доданих до неї матеріалів відповідно до кількості осіб, які беруть участь у справі, а також копії оскаржуваних рішень (ухвал) судів першої та апеляційної інстанцій.

Касаційна скарга подається безпосередньо до суду касаційної інстанції, де вона реєструється і передається в порядку черговості судді-доповідачу, який перевіряє її відповідність вимогам, встановленим ЦПК України.

Одержавши касаційну скаргу, оформлену відповідно до вимог Кодексу, суддя-доповідач протягом десятиденного строку вирішує питання про відкриття касаційного провадження, про що постановляє відповідну ухвалу, витребовує справу, надсилає копії касаційної скарги та доданих до неї матеріалів особам, які беруть участь у справі, і встановлює строк, протягом якого можуть бути подані заперечення на касаційну скаргу. За наявності клопотання особи, яка подала касаційну скаргу, суддя-доповідач у разі необхідності вирішує питання про зупинення виконання рішення (ухвали) суду.

Суддя-доповідач повертає касаційну скаргу, подану після закінчення строку на касаційне оскарження, особі, яка її подала, якщо вона не порушує питання про поновлення цього строку.

Суддя-доповідач відмовляє у відкритті касаційного провадження у справі, якщо:

1) справа не підлягає касаційному розгляду у порядку цивільного судочинства;

2) справа не переглядалася в апеляційному порядку;

3) є ухвала про закриття касаційного провадження у зв'язку з відмовою цієї особи від касаційної скарги на це саме рішення чи ухвалу;

4) є ухвала про відхилення касаційної скарги цієї особи або про відмову у відкритті касаційного провадження за касаційною скаргою цієї особи на це саме рішення чи ухвалу;

5) касаційна скарга є необґрунтованою і викладені в ній доводи не викликають необхідності перевірки матеріалів справи.

Неправильне застосування норм матеріального права чи порушення норм процесуального права є підставою для відкриття касаційного провадження незалежно від обґрунтованості касаційної скарги.

Копія ухвали про повернення касаційної скарги або про відмову у відкритті касаційного провадження разом із доданими до скарги матеріалами направляються особі, яка подавала касаційну скаргу, а касаційна скарга залишається в суді касаційної інстанції.

Особи, які беруть участь у справі, мають право приєднатися до касаційної скарги, поданої особою, на стороні якої вони виступали. До касаційної скарги мають право приєднатися особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права та обов'язки.

Заява про приєднання до касаційної скарги може бути подана протягом десяти днів з дня одержання копії касаційної скарги.

За подання заяви про приєднання до касаційної скарги судовий збір не сплачується.

Особа, яка подала касаційну скаргу, має право доповнити чи змінити її протягом строку на касаційне оскарження.

Особа, яка подала касаційну скаргу, має право відкликати її до початку розгляду справи у суді касаційної інстанції.

Особа, яка подала касаційну скаргу, має право відмовитися від неї до закінчення касаційного провадження. Про прийняття відмови від скарги та закриття касаційного провадження суд постановляє ухвалу.

При відкликанні касаційної скарги суддя, який готує справу до розгляду в сул. касаційної інстанції, постановляє ухвалу про повернення скарги.

У разі закриття касаційного провадження у зв'язку з відмовою від касаційної скарги повторне оскарження цих рішень, ухвал цією особою не допускається.

Після отримання справи суддя-доповідач протягом десяти днів готує доповідь, у якій викладає обставини, необхідні для ухвалення рішення суду касаційної інстанції, з'ясовує питання про склад осіб, які беруть участь у справі.

Попередній розгляд справи має бути проведений протягом п'яти днів після складення доповіді суддею-доповідачем колегією у складі трьох суддів у нарадчій кімнаті без повідомлення осіб, які беруть участь у справі.

У попередньому судовому засіданні суддя-доповідач доповідає колегії суддів про проведення підготовчої дії та обставини, необхідні для ухвалення судового рішення судом касаційної інстанції.

Суд касаційної інстанції відхиляє касаційну скаргу і залишає рішення без змін, якщо відсутні підстави для скасування судового рішення.

Суд касаційної інстанції скасовує судове рішення за наявності підстав, які тягнуть за собою обов'язкове скасування судового рішення.

Суд касаційної інстанції призначає справу до судового розгляду за відсутності перерахованих вище підстав. Справа призначається до судового розгляду, якщо хоч один суддя зі складу суду дійшов такого висновку. Про призначення справи до судового розгляду постановляється ухвала, яка підписується всім складом суду.

У касаційному порядку справа розглядається колегією у складі п'яти суддів без повідомлення осіб, які беруть участь у справі. У разі необхідності особи, які брали участь у справі, можуть бути викликані для надання пояснень у справі.

Головуючий відкриває судове засідання і оголошує, яка справа, за чиєю скаргою та на рішення, ухвалу якого суду розглядається.

Суддя-доповідач доповідає в необхідному обсязі зміст оскаржуваного рішення суду та доводи касаційної скарги.

Сторони та інші особи, які беруть участь у справі, дають свої пояснення, першою дає пояснення сторона, яка подала касаційну скаргу. Якщо рішення оскаржили обидві сторони, першим дає пояснення позивач. Суд може обмежити тривалість пояснень, встановивши для всіх осіб, які беруть участь у справі, рівний проміжок часу, про що оголошується на початку судового засідання.

У своїх поясненнях сторони та інші особи, які беруть участь у справі, можуть наводити тільки ті доводи, які стосуються підстав касаційного розгляду справи.

Вислухавши пояснення осіб, які беруть участь у справі, суд виходить до нарадчої кімнати.

У разі потреби під час розгляду справи може бути оголошено перерву або розгляд її відкладено.

Незалежно від того, за касаційною скаргою кого з осіб, які беруть участь у справі, було відкрито касаційне провадження, у суді касаційної інстанції позивач має право відмовитися від позову, а сторони мають право укласти між собою мирову угоду з додержанням правил Цивільного процесуального кодексу України, що регулюють порядок і наслідки вчинення цих процесуальних дій.

Під час розгляду справи в касаційному порядку суд перевіряє в межах касаційної скарги правильність застосування судом першої або апеляційної інстанції норм матеріального чи процесуального права і не може встановлювати або (та) вважати доведеними обставини, що не були встановлені в рішенні чи відкинуті ним, вирішувати питання про достовірність або недостовірність того чи іншого доказу, про перевагу одних доказів над іншими.

Касаційний суд перевіряє законність судових рішень лише в межах позовних вимог, заявлених у суді першої інстанції.

Суд не обмежений доводами касаційної скарги, якщо під час розгляду справи буде виявлено неправильне застосування норм матеріального права або порушення норм процесуального права, які є обов'язковою підставою для скасування рішення.

За наслідками розгляду касаційної скарги на рішення суд касаційної інстанції має право:

1) постановити ухвалу про відхилення касаційної скарги і залишення рішення без змін;

2) постановити ухвалу про повне або часткове скасування рішення і передати справу на новий розгляд до суду першої або апеляційної інстанції;

3) постановити ухвалу про скасування рішення апеляційного суду і залишити в силі судове рішення суду першої інстанції, що було помилково скасоване апеляційним судом;

4) постановити ухвалу про скасування судових рішень і закрити провадження у справі або залишити заяву без розгляду;

5) скасувати судові рішення і ухвалити нове рішення або змінити рішення, не передаючи справи на новий розгляд.

За наслідками розгляду касаційної скарги на ухвалу суд касаційної інстанції має право:

1) постановити ухвалу про відхилення касаційної скарги і залишення ухвали без змін;

2) скасувати ухвалу і передати питання на розгляд суду першої або апеляційної інстанції;

3) змінити або скасувати ухвалу і вирішити питання по суті;

4) скасувати ухвалу і залишити в силі ухвалу, що була помилково скасована апеляційним судом.

Суд касаційної інстанції відхиляє касаційну скаргу, якщо визнає, що рішення ухвалено з додержанням норм матеріального і процесуального права.

Не може бути скасоване правильне по суті і справедливе рішення з одних лише формальних міркувань.

Судове рішення підлягає обов'язковому скасуванню з передачею справи на новий розгляд, якщо:

1) справу розглянуто неповноважним суддею або складом суду;

2) рішення ухвалено чи підписано не тим суддею або суддями, які розглядали справу;

3) справу розглянуто за відсутності будь-кого з осіб, які беруть участь у справі, належним чином не повідомлених про час і місце судового засідання;

4) суд вирішив питання про права та обов'язки осіб, які не брали участь у справі;

5) суд розглянув не всі вимоги і цей недолік не був або не міг бути усунений ухваленням додаткового рішення.

Інші випадки порушення або неправильного застосування норм процесуального права можуть бути підставою для скасування рішення суду лише за умови, що це порушення призвело до неправильного вирішення справи.

Якщо порушення закону, зазначені вище, було допущено судом першої інстанції і не було усунено апеляційним судом або одночасно допущено апеляційним судом після скасування судових рішень, справа передається на новий розгляд суду першої інстанції. У разі допущення цих порушень лише апеляційним судом справа передається на новий апеляційний розгляд.

Висновки і мотиви суду касаційної інстанції, з яких скасовані рішення, є обов'язковими для суду першої чи апеляційної інстанції при повторному розгляді справи.

Установивши, що апеляційним судом скасовано судове рішення, ухвалене згідно із законом, суд касаційної інстанції скасовує судове рішення суду апеляційної інстанції і залишає в силі судове рішення суду першої інстанції.

Суд касаційної інстанції має право скасувати судові рішення і ухвалити нове рішення або змінити рішення, якщо застосовано закон, який не поширюється на ці правовідносини, чи не застосовано закон, який підлягав застосуванню.

Розглянувши касаційну скаргу на ухвалу суду, суд касаційної інстанції:

1) відхиляє скаргу і залишає ухвалу без змін, якщо судом прийнято ухвалу з додержанням вимог закону;

2) скасовує ухвалу і передає питання на новий розгляд до суду першої або апеляційної інстанції, якщо було порушено порядок, встановлений для його вирцпення:

3) змінює або скасовує ухвалу і постановляє ухвалу з цього питання, якщо воно було вирішено всупереч нормам процесуального права або при правильному вирішенні було помилково сформульовано суть процесуальної дії чи підстави її застосування.

Жоден із суддів, які беруть участь у розгляді справи, не має права утримуватися від висловлення думки з питань, які обговорюються, та щодо правильності судового рішення, що оскаржене.

Рішення або ухвала суду касаційної інстанції оформлюється суддею-доповідачем і підписується всім складом суду, який розглядав справу.

Судді не мають права розголошувати міркування, що були висловлені у нарадчій кімнаті.

Розглянувши справу, суд касаційної інстанції постановляє ухвалу у разі:

1) відхилення касаційної скарги і залишення судових рішень без змін;

2) скасування судових рішень із передачею справи на новий розгляд;

3) скасування судових рішень із закриттям провадження у справі або залишенням заяви без розгляду;

4) скасування судових рішень і залишення в силі судового рішення, що було помилково скасоване апеляційним судом;

5) відхилення касаційної скарги і залишення ухвали без змін;

6) зміни ухвали або скасування ухвали з направленням справи на новий розгляд або вирішенням питання по суті.

Суд касаційної інстанції ухвалює рішення у разі скасування судових рішень і увалення нового або зміни рішення.

В ухвалі суду касаційної інстанції зазначаються:

1) час і місце її постановлення;

2) найменування суду, прізвища та ініціали головуючого та суддів;

3) найменування справи та імен (найменувань) осіб, які беруть участь у справі;

4) короткий зміст заявлених вимог;

5) посилання на рішення суду першої та апеляційної інстанцій;

6) узагальнені доводи касаційної скарги;

7) мотиви суду з посиланням на закон, яким він керувався;

8) наслідки розгляду касаційної скарги, які формулюються у резолютивній частині із зазначенням висновку суду касаційної інстанції, розподілу судових витрат, строку і порядку набрання ухвалою законної сили та її оскарження.

У разі відхилення касаційної скарги в ухвалі зазначаються мотиви її відхилення.

У разі скасування судового рішення і направлення справи на новий розгляд в ухвалі повинно бути зазначено, які порушення права було допущено судом першої або апеляційної інстанції.

У рішенні суду касаційної інстанції зазначаються:

1) час і місце його ухвалення;

2) найменування суду, прізвища та ініціали головуючого та суддів;

3) найменування справи та імен (найменувань) осіб, які беруть участь у справі;

4) короткий зміст заявлених вимог;

5) посилання на рішення суду першої та апеляційної інстанцій, встановлені факти і визначені відповідно до них правовідносини;

6) узагальнені доводи особи, яка подала касаційну скаргу;

7) мотиви, на підставі яких суд касаційної інстанції змінив або скасував судове рішення і ухвалив нове;

8) чи були і ким порушені, не визнані або оспорені права, свободи чи інтереси, за захистом яких мало місце звернення до суду;

9) назва, стаття, її частина, абзац, пункт, підпункт закону, на підставі якого вирішено справу, а також процесуального закону, якими суд керувався;

10) висновок суду про скасування або зміну рішення, задоволення позову або відмову в позові повністю чи частково, вказівку щодо розподілу судових витрат, строку і порядку набрання рішенням законної сили та його оскарження.

Про прийняте рішення (ухвалу) суд касаційної інстанції у судовому засіданні оголошує особам, які беруть участь у справі.

Рішення і ухвала суду касаційної інстанції набирають законної сили з моменту їх оголошення. З моменту оголошення рішення або ухвали судом касаційної інстанції скасовані рішення та ухвали суду першої або апеляційної інстанції втрачають законну силу.

Після закінчення касаційного провадження справа протягом десяти днів повертається до суду, який її розглядав.

6.19. Пояснення на апеляційну та касаційну скарги. Порядок та строки їх принесення.

ЦПК України 2004 р. не містить положень, які б регламентували надання сторонами у справі пояснень на апеляційну чи касаційну скарги. ЦПК 1963 р. відповідні положення містив. Так, ст. 296 Кодексу 1963 р. передбачала, що особи, які беруть участь у справі, мають право у встановлений судом строк подати пояснення або заперечення на апеляційну скаргу, подання як до суду, що постановив рішення, так і до апеляційного суду. За змістом і формою пояснення або заперечення на апеляційну скаргу, подання повинні були відповідати вимогам, встановленим щодо форми і змісту апеляційної скарги, апеляційного подання прокурора.

Слід також вказати, що можливість подання до суду відзиву не тільки на апеляційну й касаційну скарги, а й на позовну заяву містить чинний ГПК України. Неподання відповідного відзиву не перешкоджає розгляду справи.

6.20. Перегляд судових рішень у зв'язку з нововиявленими та винятковими обставинами. Надання адвокатом правової допомоги у таких справах.

Сторони та інші особи, які беруть участь у справі, а також особи, які не брали участі у справі, коли суд вирішив питання про їх права та обов'язки, мають право оскаржити до Верховного Суду України судові рішення у цивільних справах у зв'язку з винятковими обставинами після їх перегляду у касаційному порядку.

Судові рішення у цивільних справах можуть бути переглянуті у зв'язку з винятковими обставинами після їх перегляду у касаційному порядку, якщо вони оскаржені з мотивів:

1) неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одного і того самого положення закону;

2) визнання судового рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, таким, що порушує міжнародні зобов'язання України.

Скарга може бути подана протягом одного місяця з дня відкриття виняткових обставин.

Скарга у зв'язку з винятковими обставинами подається за правилами подання касаційних скарг у касаційному провадженні. До скарги повинні бути додані копії судових рішень, які оскаржуються.

У разі надходження скарги, оформленої без дотримання вимог, зазначених у ст. 355 ЦПК України, або у разі несплати суми судового збору чи неоплати витрат на інформаційно-технічне забезпечення розгляду справи застосовуються правила, передбачені для позовної заяви, про що суддею-доповідачем протягом десяти днів з дня отримання скарги постановляється відповідна ухвала.

Питання про допуск скарги до провадження у зв'язку з винятковими обставинами і витребування справи вирішується колегією у складі семи суддів без виклику осіб, які беруть участь у справі, протягом п'ятнадцяти днів з дня надходження скарги. Одночасно може бути вирішене питання про поновлення строку на оскарження у зв'язку з винятковими обставинами.

Скарга вважається допущеною до провадження у зв'язку з винятковими обставинами і справа витребовується, якщо хоча б три судді дійшли висновку про необхідність цього.

Про допуск скарги і витребування справи або відмову у цьому суд постановляє ухвалу, яка оскарженню не підлягає. Ухвала про допуск скарги і витребування справи надсилається до відповідного суду.

Копія ухвали про допуск скарги і витребування справи надсилається разом із копією скарги особам, які беруть участь у справі, а у разі відмови у допуску — особі, яка подала скаргу.

Якщо скарга допущена до провадження у зв'язку з винятковими обставинами, суд своєю ухвалою може зупинити виконання відповідних рішень.

Розгляд справи у зв'язку з винятковими обставинами є різновидом касаційного провадження.

Справа в порядку провадження у зв'язку з винятковими обставинами розглядається колегією суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України за наявності не менш як двох третин її чисельності, крім випадків, якщо після касаційного розгляду справи виявлено неоднакове застосування судами касаційної інстанції одного і того самого положення закону, то справа розглядається колегією суддів на спільному засіданні відповідних судових палат Верховного Суду України за наявності не менш як двох третин чисельності кожної палати. Головує на спільному засіданні Голова Верховного Суду України або один із його заступників.

Розглядаючи справу в порядку провадження у зв'язку з винятковими обставинами, Верховний Суд України має право:

1) постановити ухвалу про відхилення скарги і залишення рішення, ухвали без змін;

2) постановити ухвалу про повне або часткове скасування судового рішення і направити справу відповідно на новий розгляд у суд першої, апеляційної або касаційної інстанції;

3) постановити ухвалу про скасування судового рішення і залишити в силі судове рішення, що було помилково скасовано судом апеляційної або касаційної інстанції;

4) постановити ухвалу про скасування судових рішень і закрити провадження у справі або залишити заяву без розгляду;

5) скасувати судові рішення і ухвалити нове рішення по суті справи або змінити рішення, не передаючи справи на новий розгляд.

У випадках, коли допущені судом першої інстанції порушення закону не були усунені судом апеляційної чи касаційної інстанції або одночасно допущені судом першої, апеляційної і касаційної інстанцій, Верховний Суд України скасовує всі рішення та ухвали у справі.

Ухвалені Верховним Судом України рішення або постановлені ним ухвали набирають законної сили з моменту їх проголошення і оскарженню не підлягають.

Рішення або ухвала суду, якими закінчено розгляд справи, що набрали законної сили, а також судовий наказ можуть бути переглянуті у зв'язку з **нововиявленими обставинами.**

Підставами для перегляду рішення, ухвали суду чи судового наказу у зв'язку з нововиявленими обставинами є:

1) істотні для справи обставини, що не були і не могли бути відомі особі, яка звертається із заявою, на час розгляду справи;

2) встановлені вироком суду, що набрав законної сили, завідомо неправдиві показання свідка, завідомо неправильний висновок експерта, завідомо неправильний переклад, фальшивість документів або речових доказів, що потягли за собою ухвалення незаконного або необґрунтованого рішення;

3) скасування судового рішення, яке стало підставою для ухвалення рішенні чи постановлення ухвали, що підлягають перегляду;

4) встановлена Конституційним Судом України неконституційність зак іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого судом при вирішенні справи, якщо рішення суду ще не виконане.

Заяви про перегляд у зв'язку з нововиявленими обставинами можуть бути подані сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі, протягом трьох місяців з дня встановлення обставини, що є підставою для перегляду.

Рішення, ухвала суду чи судовий наказ переглядаються у зв'язку з нововиявленими обставинами судом, який ухвалив рішення, постановив ухвалу або вида* судовий наказ.

Ухвала суду апеляційної чи касаційної інстанції, якою було відхилено скаргу на рішення суду першої чи апеляційної інстанції, в разі перегляду рішення чи ухвали у зв'язку з нововиявленими обставинами втрачає законну силу.

Заяви про перегляд рішення, ухвали суду чи судового наказу у зв'язку з нововиявленими обставинами за формою і змістом повинні відповідати вимогам ЦПК України щодо оформлення заяв до суду першої інстанції.

У заяві зазначаються:

1) найменування суду, якому адресується заява;

2) ім'я (найменування) особи, яка подає заяву, місце її проживання чи місцезнаходження;

3) інші особи, які брали участь у справі;

4) дата ухвалення чи постановлення і зміст рішення, ухвали чи судового наказу, про перегляд яких подано заяву;

5) нововиявлені обставини, якими обґрунтовується вимога про перегляд рішення, ухвали чи судового наказу і дата їх відкриття або встановлення;

6) посилання на докази, що підтверджують наявність нововиявлених обставин;

До заяви додаються її копії відповідно до кількості осіб, які брали участь у справі.

Заява про перегляд рішення, ухвали суду чи судового наказу у зв'язку з нововиявленими обставинами розглядається у судовому засіданні. Заявник та інші особи, які беруть участь у справі, повідомляються про час і місце засідання. Неявка цих осіб не є перешкодою для розгляду заяви.

Розглянувши заяву, суд своєю ухвалою або задовольняє заяву і скасовує рішення, ухвалу суду чи судовий наказ у зв'язку з нововиявленими обставинами або відмовляє у її задоволенні у разі необґрунтованості заяви.

Після скасування рішення, ухвали суду або судового наказу справа розгг дається судом за правилами, встановленими Кодексом.

Ухвала суду про задоволення заяви про перегляд судового наказу, заочного рішення, рішення або ухвали у зв'язку з нововиявленими обставинами оскарженню не підлягає.

Ухвала суду про відмову в задоволенні заяви про перегляд судового наказу, заочного рішення, рішення або ухвали у зв'язку з нововиявленими обставинами може бути оскаржена в порядку, встановленому ЦПК України.

6.21. Виконання судових рішень. Надання адвокатом юридичної допомоги сторонам на цій стадії.

Суд допускає негайне виконання рішень у справах про:

1) стягнення аліментів — у межах суми платежу за один місяць;

2) присудження працівникові виплати заробітної плати, але не більше ніж за один місяць;

3) відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи, — у межах суми стягнення за один місяць;

4) поновлення на роботі незаконно звільненого або переведеного на іншу роботу працівника;

5) відібрання дитини і повернення її тому, з ким вона проживала;

6) розкриття банком інформації, яка містить банківську таємницю, щодо юридичних та фізичних осіб.

Питання, пов'язані зі зверненням судового рішення до виконання, вирішує місцевий суд, який розглянув справу.

За кожним судовим рішенням, яке набрало законної сили, за заявою осіб, на користь яких воно ухвалено, видається один виконавчий лист. Якщо на підставі ухваленого рішення належить передати майно, що перебуває в кількох місцях, або якщо рішення ухвалено на користь кількох позивачів чи проти кількох відповідачів, суд має право за заявою стягувачів видати кілька виконавчих листів, точно зазначивши, яку частину рішення треба виконати за кожним виконавчим листом.

Виконавчі документи про стягнення судового збору надсилаються судом до місцевих органів державної податкової служби.

Якщо судом було вжито заходів щодо забезпечення позову за заявою осіб, на користь яких ухвалено судове рішення, суд разом із виконавчим листом видає копію документів, які підтверджують виконання ухвали суду про забезпечення позову.

Виконавчий лист має відповідати вимогам до виконавчого документа, встановленим Законом України «Про виконавче провадження», відповідно до ст. 19 якого у виконавчому документі повинні бути зазначені:

1) назва документа, дата видачі та найменування органу, посадової особи, що видали документ;

2) дата і номер рішення, за яким видано виконавчий документ;

3) найменування (для юридичних осіб) або ім'я (прізвище, ім'я та по батькові за його наявності для фізичних осіб) стягувача і боржника, їх місцезнаходження (для юридичних осіб) або місце проживання (для фізичних осіб), ідентифікаційний код суб'єкта господарської діяльності стягувача та боржника за його наявності (для юридичних осіб), індивідуальний ідентифікаційний номер стягувача та боржника за його наявності (для фізичних осіб — платників податків), а також інші відомості, якщо вони відомі суду чи іншому органу, що видав виконавчий документ, які ідентифікують стягувача та боржника чи можуть сприяти примусовому виконанню, такі як дата і місце народження боржника та його місце роботи (для фізичних осіб), місцезнаходження майна боржника тощо;

4) резолютивна частина рішення;

5) дата набрання чинності рішенням;

6) строк пред'явлення виконавчого документа до виконання.

Виконавчий документ має бути підписаний уповноваженою посадовою особою і скріплений печаткою.

Законом можуть бути встановлені також інші додаткові вимоги до виконавчих документів.

Суд, який видав виконавчий лист, може за заявою стягувача або боржника виправити помилку, допущену при його оформленні або видачі, чи визнати виконавчий лист таким, що не підлягає виконанню, та стягнути на користь боржника безпідставно одержане стягувачем за виконавчим листом.

Суд розглядає заяву в десятиденний строк у судовому засіданні з повідомленням стягувача та боржника і постановляє ухвалу. Неявка стягувача і боржника не є перешкодою для розгляду заяви. До розгляду заяви суд має право своєю ухвалою зупинити стягнення за виконавчим листом, а також витребувати виконавчий лист.

Суд ухвалою вносить виправлення до виконавчого листа, а у разі якщо його було видано помилково або якщо обов'язок боржника відсутній повністю чи частково у зв'язку з його припиненням добровільним виконанням боржником чи іншою особою або з інших причин, суд визнає виконавчий лист таким, що не підлягає виконанню повністю або частково. Якщо стягнення за таким виконавчим листом уже відбулося повністю або частково, суд одночасно на вимогу боржника стягує на його користь безпідставно одержане стягувачем за виконавчим листом.

Замість втраченого оригіналу виконавчого листа або судового наказу суд, якій видав виконавчий лист або судовий наказ, має право за заявою стягувача або поданням державного виконавця видати його дублікат.

Заява про видачу дубліката розглядається в судовому засіданні з викликом сторін і заінтересованих осіб. їхня неявка не є перешкодою для вирішення питання про видачу дубліката.

За видачу дубліката виконавчого листа або судового наказу стягувачу справляється плата в розмірі, встановленому Кабінетом Міністрів України.

Стягувачам, які пропустили строк для пред'явлення виконавчого документа до виконання з причин, визнаних судом поважними, пропущений строк може бути поновлено.

Заява про поновлення пропущеного строку подається до суду, який видав виконавчий лист, або до суду за місцем виконання і розглядається в судовому засіданні з повідомленням сторін, які беруть участь у справі. їхня неявка не є перешкодою для вирішення питання про поновлення пропущеного строку. Суд розглядає таку заяву в десятиденний строк.

Мирова угода, укладена між сторонами, або відмова стягувача від примусового виконання у процесі виконання рішення подається в письмовій формі державному виконавцеві, який не пізніше триденного строку передає її до суду за місцем виконання рішення для визнання.

Суд має право перевірити і не визнати мирову угоду або не прийняти відмов» стягувача від примусового виконання, якщо це суперечить закону або порушує права чи свободи інших осіб.

За наявності обставин, що утруднюють виконання рішення (хвороба боржника або членів його сім'ї, відсутність присудженого майна в натурі, стихійне лихо тощо), за заявою державного виконавця або за заявою сторони суд, який видан виконавчий документ, у десятиденний строк розглядає питання про відстрочку або розстрочку виконання, зміну чи встановлення способу і порядку виконання рішення в судовому засіданні з викликом сторін і у виняткових випадках можи відстрочити або розстрочити виконання, змінити чи встановити спосіб і порядок виконання рішення.

Питання про тимчасове влаштування дитини до дитячого або лікувального закладу вирішується судом за поданням державного виконавця.

Суд у десятиденний строк розглядає це питання в судовому засіданні з викликом сторін та за обов'язковою участю представників органів опіки та піклування Неявка сторін не є перешкодою для вирішення питання про тимчасове влаштування дитини до дитячого або лікувального закладу.

Розшук боржника або дитини оголошується за місцем виконання рішення **або** за останнім відомим місцем проживання (перебування) боржника або дитини чи

місцезнаходженням їхнього майна, або за місцем проживання (перебування) стягувача.

Суд має право витребувати від державного виконавця всі необхідні документи для вирішення питання про оголошення розшуку.

Суд розглядає подання державного виконавця протягом десяти днів.

Питання про примусове проникнення до житла чи іншого володіння боржника — фізичної особи або особи, в якої знаходиться майно боржника чи майно та кошти, належні боржникові від інших осіб, або дитина, щодо якої є виконавчий документ про її відібрання, при виконанні судових рішень та рішень інших органів (посадових осіб) вирішується судом за місцезнаходженням житла чи іншого володіння особи за поданням державного виконавця.

Суд негайно розглядає подання без виклику чи повідомлення сторін та інших заінтересованих осіб за участю державного виконавця.

Питання про звернення стягнення на належні боржнику від інших осіб грошові кошти, що знаходяться на рахунках цих осіб в установах банків та інших фінансових установах, при виконанні судових рішень та рішень інших органів (посадових осіб), а також питання про звернення стягнення на грошові кошти боржника, що знаходяться на його рахунках в установах банків та інших фінансових установах, при виконанні рішень інших органів (посадових осіб) вирішуються судом за поданням державного виконавця, погодженим із начальником відділу державної виконавчої служби.

Суд негайно розглядає подання державного виконавця без виклику чи повідомлення сторін та інших заінтересованих осіб за участю державного виконавця.

У разі вибуття однієї зі сторін виконавчого провадження за поданням державного виконавця або за заявою сторони суд замінює сторону виконавчого провадження її правонаступником.

Питання про визначення частки майна боржника у майні, яким він володіє спільно з іншими особами, вирішується судом за поданням державного виконавця.

Суд у десятиденний строк розглядає це питання у судовому засіданні з повідомленням сторін та заінтересованих осіб. Неявка сторін та інших осіб не є перешкодою для вирішення питання про визначення частки майна боржника у майні, яким він володіє спільно з іншими особами.

Питання про поворот виконання вирішує суд апеляційної чи касаційної інстанції, якщо, скасувавши рішення, він закриває провадження у справі, залишає позов без розгляду, відмовляє в позові повністю або задовольняє позовні вимоги в меншому розмірі.

Якщо рішення після його виконання скасовано і справу повернено на новий розгляд, а під час нового розгляду справи в позові відмовлено або позовні вимоги задоволено в меншому розмірі, або провадження у справі закрито чи заяву залишено без розгляду, суд, ухвалюючи рішення, повинен зобов'язати позивача повернути відповідачеві безпідставно стягнене з нього за скасованим рішенням.

У разі неможливості повернути майно в рішенні або ухвалі суду передбачається відшкодування вартості цього майна в розмірі грошових коштів, одержаних від його реалізації.

Якщо питання про поворот виконання рішення не було вирішено судом під час нового розгляду справи або судом апеляційної чи касаційної інстанції, заява відповідача про повернення стягненого з нього за скасованим рішенням майна розглядається судом, у якому перебуває справа. Заяву про поворот виконання можна подати у межах позовної давності.

За подання заяви про поворот виконання судовий збір не сплачується.

Суд розглядає заяву про поворот виконання в судовому засіданні з повідомленням сторін і постановляє ухвалу.

У разі скасування у зв'язку з нововиявленими обставинами рішень у справах про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи, поворот виконання допускається, якщо скасоване рішення було обґрунтоване на повідомлених позивачем неправдивих відомостях або поданих ним підроблених документах.

У справах про стягнення аліментів, а також у справах про стягнення заробітної плати чи інших виплат, що випливають з трудових правовідносин, поворот виконання не допускається незалежно від того, в якому порядку ухвалено рішення, за винятком випадків, коли рішення було обґрунтоване на підроблених документах або на завідомо неправдивих відомостях позивача.

Учасники виконавчого провадження та особи, які залучаються до проведення виконавчих дій, мають право звернутися до суду зі скаргою, якщо вважають, що рішенням, дією або бездіяльністю державного виконавця чи іншої посадової особи державної виконавчої служби під час виконання судового рішення, ухваленого відповідно до ЦПК України, порушено їх права чи свободи.

Скаргу може бути подано до суду безпосередньо або після оскарження рішення, дії або бездіяльності державного виконавця чи іншої посадової особи державної виконавчої служби до начальника відповідного відділу державної виконавчої служби.

Скарга подається до суду, який видав виконавчий документ.

Про подання скарги суд повідомляє відповідний відділ державної виконавчої служби не пізніше наступного дня після прийняття її судом.

Скаргу може бути подано до суду:

—у десятиденний строк з дня, коли особа дізналася або повинна була дізнатися про порушення її прав чи свобод;

—у триденний строк з дня, коли особа дізналася або повинна була дізнатися про порушення її прав чи свобод, у разі оскарження постанови про відкладення провадження виконавчих дій.

Пропущений з поважних причин строк для подання скарги може бути поновлено судом.

Скарга розглядається у десятиденний строк у судовому засіданні за участю заявника і державного виконавця або іншої посадової особи державної виконавчої служби, рішення, дія чи бездіяльність якої оскаржуються.

Якщо заявник, державний виконавець або інша посадова особа державної виконавчої служби не можуть з'явитися до суду з поважних причин, справу може бути розглянуто за участю їх представників.

Якщо суд встановить, що особа, рішення, дія чи бездіяльність якої оскаржуються, не працює на попередній посаді, він залучає до участі у справі посадову особу, до компетенції якої належить вирішення питання про усунення порушення прав чи свобод заявника.

За результатами розгляду скарги суд постановляє ухвалу.

У разі встановлення обґрунтованості скарги суд визнає оскаржувані рішення, дії чи бездіяльність неправомірними і зобов'язує державного виконавця або іншу посадову особу державної виконавчої служби задовольнити вимогу заявника та усунути порушення або іншим шляхом поновлює його порушені права чи свободи.

Якщо оскаржувані рішення, дії чи бездіяльність були прийняті або вчине-відповідно до закону, в межах повноважень державного виконавця або іншої по-

садової особи державної виконавчої служби і права чи свободи заявника не було порушено, суд постановляє ухвалу про відмову в задоволенні скарги.

Судові витрати, пов'язані з розглядом скарги, покладаються судом на заявника, якщо було постановлено рішення про відмову в задоволенні його скарги, або на відділ державної виконавчої служби, якщо було постановлено ухвалу про задоволення скарги заявника.

Про виконання ухвали відповідний орган державної виконавчої служби повідомляє суд і заявника не пізніше ніж у місячний строк з дня одержання ухвали суду.

Рішення іноземного суду визнається та виконується в Україні, якщо його визнання та виконання передбачено міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, або за принципом взаємності за домовленістю *ad hoc* з іноземною державою, рішення суду якої має виконуватися в Україні.

Рішення іноземного суду може бути пред'явлено до примусового виконання в Україні протягом трьох років з дня набрання ним законної сили, за винятком рішення про стягнення періодичних платежів, яке може бути пред'явлено до примусового виконання протягом усього строку проведення стягнення з погашенням заборгованості за останні три роки.

Питання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду на клопотання стягувача розглядається судом за місцем проживання (перебування) або місцезнаходженням боржника.

Якщо боржник не має місця проживання (перебування) або місцезнаходження на території України або його місце проживання (перебування) або місцезнаходження невідоме, питання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду розглядається судом за місцезнаходженням в Україні майна боржника.

Клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду подається до суду безпосередньо стягувачем або у порядку, встановленому міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Якщо міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, передбачено подання клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду через органи державної влади України, суд приймає до розгляду клопотання, що надійшло через орган державної влади України.

Клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду подається у письмовій формі і повинно містити:

1) ім'я (найменування) стягувача або його представника (якщо клопотання подається представником), зазначення їхнього місця проживання (перебування) або місцезнаходження;

2) ім'я (найменування) боржника, зазначення його місця проживання (перебування), його місцезнаходження чи місцезнаходження його майна в Україні;

3) мотиви подання клопотання.

До клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду додаються документи, передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Якщо міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, не визначено перелік документів, що мають додаватися до клопотання, або за відсутності такого договору, до клопотання додаються такі документи:

1) засвідчена в установленому порядку копія рішення іноземного суду, про примусове виконання якого подається клопотання;

2) офіційний документ про те, що рішення іноземного суду набрало законної сили (якщо це не зазначено в самому рішенні);

3) документ, який засвідчує, що сторона, стосовно якої постановлено рішення іноземного суду і яка не брала участі в судовому процесі, була належним чином повідомлена про час і місце розгляду справи;

4) документ, що визначає, в якій частині чи з якого часу рішення іноземного суду підлягає виконанню (якщо воно вже виконувалося раніше);

5) документ, що посвідчує повноваження представника стягувача (якщо клопотання подається представником);

6) засвідчений відповідно до законодавства переклад перелічених документів українською мовою або мовою, передбаченою міжнародними договорами України.

Суд, встановивши, що клопотання і документи, що додаються до нього, не оформлено відповідно до вимог, передбачених ЦПК України, або до клопотання не додано всі перелічені документи, залишає його без розгляду та повертає клопотання разом із документами, що додано до нього, стягувачеві (або його представникові).

Про надходження клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду суд у п'ятиденний строк письмово повідомляє боржника і пропонує йому у місячний строк подати можливі заперечення проти цього клопотання.

Після подання боржником заперечень у письмовій формі або у разі його відмови від подання заперечень, а так само коли у місячний строк з часу повідомлення боржника про одержане судом клопотання заперечення не подано, суддя постановляє ухвалу, в якій визначає час і місце судового розгляду клопотання, про що стягувач і боржник повідомляються письмово не пізніше ніж за десять днів до його розгляду.

За заявою стягувача або боржника і за наявності поважних причин суд може перенести час розгляду клопотання, про що повідомляє сторони.

Розгляд клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду проводиться суддею одноособово у відкритому судовому засіданні.

Неявка без поважних причин у судове засідання стягувача або боржника або їх представників, стосовно яких суду відомо про своєчасне вручення їм повістки про виклик до суду, не є перешкодою для розгляду клопотання, якщо будь-якою з сторін не було порушено питання про перенесення його розгляду.

Розглянувши подані документи та вислухавши пояснення сторін, суд постановляє ухвалу про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду або про відмову у задоволенні клопотання з цього питання. Копія ухвали надсилається судом стягувачеві та боржникові у триденний строк з дня постановлення ухвали.

Якщо рішення іноземного суду вже виконувалося раніше, суд визначає, в якій частині чи з якого часу воно підлягає виконанню.

Якщо в рішенні іноземного суду суму стягнення зазначено в іноземній валюті, суд, який розглядає це клопотання, визначає суму в національній валюті за курсом Національного банку України на день постановлення ухвали.

Клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду не задовольняється у випадках, передбачених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Якщо міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, такі випадки не передбачено, у задоволенні клопотання може бути відмовлено:

1) якщо рішення іноземного суду за законодавством держави, на території якої воно постановлено, не набрало законної сили;

2) якщо сторона, стосовно якої постановлено рішення іноземного суду, була позбавлена можливості взяти участь у судовому процесі через те, що їй не було належним чином повідомлено про розгляд справи;

3) якщо рішення ухвалене у справі, розгляд якої належить виключно до компетенції суду або іншого уповноваженого відповідно до закону органу України;

4) якщо ухвалене рішення суду України у спорі між тими самими сторонами, з того ж предмета і на тих же підставах, що набрало законної сили, або якщо у провадженні суду України є справа у спорі між тими самими сторонами, з того ж предмета і на тих же підставах до часу відкриття провадження у справі в іноземному суді;

5) якщо пропущено встановлений міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та законом строк пред'яв лення рішення іноземного суду до примусового виконання в Україні;

6) якщо предмет спору за законами України не підлягає судовому розгляду;

7) якщо виконання рішення загрожувало б інтересам України;

8) в інших випадках, встановлених законами України.

Ухвала про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду або про відмову у задоволенні клопотання з цього питання може бути оскаржена у порядку і строки, передбачені ЦПК України.

На підставі рішення іноземного суду та ухвали про надання дозволу на його примусове виконання, що набрали законної сили, суд видає виконавчий лист, який надсилається для виконання в порядку, встановленому законом.

Рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, визнається в Україні, якщо його визнання передбачено міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, або за принципом взаємності за домовленістю ad hoc з іноземною державою, рішення суду якої має виконуватися в Україні.

Клопотання про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, за умови, що це передбачено міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, подається заінтересованою особою до суду в порядку, встановленому для подання клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду, з урахуванням певних особливостей.

До клопотання про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, додаються такі документи:

1) засвідчена в установленому порядку копія рішення іноземного суду, про визнання якого порушується клопотання;

2) офіційний документ про те, що рішення іноземного суду набрало законної сили, якщо це не зазначено в самому рішенні;

3) засвідчений відповідно до законодавства переклад перелічених документів українською мовою або мовою, передбаченою міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Про надходження клопотання про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, суд у п'ятиденний строк письмово повідомляє заінтересовану особу і пропонує їй у місячний строк подати можливі заперечення проти цього клопотання.

Після подання заінтересованою особою заперечень у письмовій формі або у разі її відмови від подання заперечень, а так само коли у місячний строк з часу повідомлення заінтересованої особи про одержане судом клопотання заперечення не подано, суддя постановляє ухвалу, в якій визначає час і місце судового розгляду клопотання, про що заінтересовані особи повідомляються письмово не пізніше ніж за десять днів до його розгляду.

За заявою заінтересованої особи і за наявності поважних причин суд може перенести час розгляду клопотання, про що повідомляє заінтересовані особи.

Розгляд клопотання про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, проводиться суддею одноособово у відкритому судовому засіданні.

Неявка без поважних причин у судове засідання заінтересованих осіб або їх представників, стосовно яких суду відомо про своєчасне вручення їм повістки про виклик до суду, не є перешкодою для розгляду клопотання, якщо будь-якою із заінтересованих осіб не було порушено питання про перенесення його розгляду.

За наслідками розгляду клопотання, а також заперечення у разі його надходження суд постановляє ухвалу про визнання в Україні рішення іноземного суду та залишення заперечення без задоволення або про відмову у задоволенні клопотання про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню.

Копія ухвали надсилається судом заінтересованим особам у триденний строк з дня постановлення ухвали.

Ухвала про визнання в Україні рішення іноземного суду або про відмову у задоволенні клопотання про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, може бути оскаржена в порядку і строки, встановлені Кодексом.

8.22. Зупинення та закриття провадження у справі. Залишення заяви без розгляду. Надання адвокатом правової допомоги у таких ситуаціях.

Суд зобов'язаний зупинити провадження у справі у разі:

1) смерті або оголошення фізичної особи померлою, яка була стороною у справі, якщо спірні правовідносини допускають правонаступництво;

2) злиття, приєднання, поділу, перетворення юридичної особи, яка була стороною у справі;

3) перебування позивача або відповідача у складі Збройних Сил України або інших утворених відповідно до закону військових формувань, що переведені на воєнний стан;

4) неможливості розгляду цієї справи до вирішення іншої справи, що розглядається в порядку конституційного, цивільного, господарського, кримінального чи адміністративного судочинства;

5) призначення або заміни законного представника у випадках, передбачених відповідними положеннями Кодексу.

З питань, зазначених вище, суд постановляє ухвалу.

Суд може за заявою особи, яка бере участь у справі, а також з власної ініціативи зупинити провадження у справі у випадках:

1) перебування сторони на строковій військовій службі або альтернативній (невійськовій) службі не за місцем проживання;

2) захворювання сторони, підтвердженого медичною довідкою, що виключає можливість явки до суду протягом тривалого часу;

3) перебування сторони у тривалому службовому відрядженні;

4) розшуку відповідача у разі неможливості розгляду справи за його відсутності;

5) призначення судом експертизи.

Суд не зупиняє провадження у випадках, якщо відсутня сторона веде справу через свого представника. З цих питань суд також постановляє ухвалу.

Провадження у справі відновлюється ухвалою суду за заявою особи, яка бере участь у справі, або з ініціативи суду після усунення обставин, що викликали його зупинення. З дня відновлення провадження у справі перебіг процесуальних строків продовжується.

Суд своєю ухвалою закриває провадження у справі, якщо:

1) справа не підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства;

2) набрали законної сили рішення суду або ухвала суду про закриття провадження у справі у зв'язку з відмовою позивача від позову або укладенням мирової угоди сторін, ухвалені або постановлені з приводу спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав;

3) позивач відмовився від позову і відмова прийнята судом;

4) сторони уклали мирову угоду і вона визнана судом;

5) є рішення третейського суду, прийняте в межах його компетенції, з приводу спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав, за винятком випадків, коли суд відмовив у видачі виконавчого листа на примусове виконання рішення третейського суду або повернув справу на новий розгляд до третейського суду, який ухвалив рішення, але розгляд справи у тому самому третейському суді виявився неможливим;

6) померла фізична особа, яка була однією із сторін у справі, якщо спірні правовідносини не допускають правонаступництва;

7) ліквідовано юридичну особу, яка була однією із сторін у справі.

Про закриття провадження у справі суд постановляє ухвалу.

У разі закриття провадження у справі повторне звернення до суду з приводу спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав не допускається. Наявність ухвали про закриття провадження у зв'язку з прийняттям відмови позивача від позову не позбавляє відповідача в цій справі права на звернення до суду за вирішенням цього спору.

Суд постановляє ухвалу про залишення заяви без розгляду, якщо:

1) заяву подано особою, яка не має цивільної процесуальної дієздатності;

2) заяву від імені заінтересованої особи подано особою, яка не має повноважень на ведення справи;

3) належним чином повідомлений позивач повторно не з'явився в судове засідання без поважних причин або повторно не повідомив про причини неявки, якщо від нього не надійшла заява про розгляд справи за його відсутності;

4) спір між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав розглядається в іншому суді;

5) позивач подав заяву про залишення позову без розгляду;

6) між сторонами укладено договір про передачу спору на вирішення до третейського суду і від відповідача надійшло до початку з'ясування обставин у справі та перевірки їх доказами заперечення проти вирішення спору в суді;

7) особа, в інтересах якої у встановлених законом випадках відкрито провадження у справі за заявою іншої особи, не підтримує заявлених вимог і від неї надійшла відповідна заява;

8) провадження у справі відкрито за заявою, поданою без додержання вимог щодо змісту й форми заяви, та не було сплачено судовий збір чи не було оплаче-

но витрати на інформаційно-технічне забезпечення розгляду справи і позивач не усунув цих недоліків у встановлений судом строк;

9) позивач до закінчення розгляду справи покинув судове засідання і не подав до суду заяви про розгляд справи за його відсутності.

Особа, заяву якої залишено без розгляду, після усунення умов, що були підставою для залишення заяви без розгляду, має право звернутися до суду повторно.

Питання, пов'язані з рухом справи в суді першої інстанції, клопотання та заяви осіб, які беруть участь у справі, питання про відкладення розгляду справи, оголошення перерви, зупинення або закриття провадження у справі, залишення заяви без розгляду у випадках, встановлених ЦПК України, вирішуються судом шляхом постановлення ухвал.

7 Кримінальне законодавство

7.1. Поняття злочину. Класифікація злочинів. Відмежування злочину від проступку та діянь, що не становлять суспільної небезпеки.

Відповідно до ст. 11 КК України, злочином є передбачене КК України суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину. При цьому, не є злочином дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого КК України, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі.

Отже, будь-який злочин характеризується такими ознаками:

1) *Суспільна небезпечність* (матеріальна ознака злочину). її сутність полягає в тому, що кожний злочин спричинює шкоду або створює загрозу спричинення такої шкоди. Причому суспільна небезпечність злочину є значно більшою, ніж суспільна шкідливість адміністративного або дисциплінарного правопорушення. Суспільна небезпечність злочину оцінюється за її характером (якісна властивість, що визначається об'єктом посягання) та ступенем (кількісна характеристика, виражає інтенсивність спричинення шкоди). Характер суспільної небезпечності злочину — це якісний показник, який визначається перш за все тією або іншою групою соціальних цінностей, на які посягає злочин.

2) *Протиправність* (формальна ознака злочину) означає передбаченість злочину кримінальним законом. Значення протиправності злочину полягає в тому, що особа підлягає кримінальній відповідальності у разі скоєння діяння тільки у тому випадку, якщо таке діяння передбачено КК України. У зв'язку з цим, якщо певне діяння і становить небезпеку для суспільства, але не передбачено КК України, таке діяння не є злочином, і його вчинення не тягне за собою кримінальну відповідальність.

3) *Винність.* Ця ознака злочину вказує на те, що особа підлягає кримінальній відповідальності тільки за наявності вини. У разі відсутності вини у формі умислу або необережності відсутній і злочин.

4) *Караність,* тобто загроза застосування покарання у разі вчинення злочину. Караність як ознака злочину не тотожна із самим застосуванням покарання до

винної особи. Караність — це така ознака злочину, відповідно до якої є можливість застосування покарання до винної особи на підставі кримінального закону.

У деяких випадках діяння, вчинене особою, формально підпадає під усі ознаки злочину, однак воно не містить суспільної небезпеки. Відповідно до ч. 2 ст. 11 КК України, не є злочином дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого КК України, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі.

Слід звернути увагу, що діяння не може визнаватися малозначним, якщо воно пов'язане з посяганням на життя, здоров'я, статеву недоторканність особи або вчинене небезпечним способом чи за наявності умислу заподіяти істотну шкоду.

Склад злочину — це сукупність встановлених у кримінальному законі юридичних ознак (об'єктивних та суб'єктивних), які визначають вчинене суспільне небезпечне діяння як злочин[1].

Поняття складу злочину не слід ототожнювати із поняттям самого злочину. Злочин — це певне явище, склад злочину — це юридична характеристика такого злочину, що містить типові, найбільш істотні його ознаки.

Необхідними елементами складу злочину є:

—об'єкт злочину;

—об'єктивна сторона злочину;

—суб'єкт злочину;

—суб'єктивна сторона злочину.

Об'єкт злочину — це суспільні відносини, що охороняються кримінальним законом та на які посягає злочин, спричиняючи їм певну шкоду або створюючи загрозу спричинення такої шкоди. Від об'єкта слід відрізняти *предмет злочину*. тобто речі матеріального світу, з ознаками яких пов'язана наявність або відсутність у діянні особи ознак певного злочину.

Існують такі види об'єктів злочину:

—загальний об'єкт (сукупність суспільних відносин, що охороняються всіма нормами кримінального законодавства);

—родовий об'єкт (визначене коло однорідних суспільних відносин, які охороняються певною сукупністю взаємопов'язаних кримінально-правових норм), наприклад, відносини власності;

— безпосередній об'єкт (конкретні суспільні відносини, що охороняються кримінальним законом та на які посягає конкретний злочин).

Об'єктивна сторона злочину являє собою зовнішній прояв злочину, характеризується суспільно небезпечним діянням, суспільно небезпечними наслідками, причинним зв'язком між діянням та наслідками, місцем, часом, способом, обстановкою та засобами вчинення злочину.

Обов'язковим елементом об'єктивної сторони є діяння у формі дії або бездіяльності як свідомий, вольовий акт поведінки людини. Дія — це активна поведінка людини. Бездіяльність — це пасивна форма поведінки людини, коли людина не вчиняє певну дію, яку вона повинна була і могла вчинити у даних конкретних умовах.

Діяння у формі дії або бездіяльності є обов'язковим елементом об'єктивної сторони будь-якого злочину.

[1] *Уголовное* право Украйни. Общая часть / Под ред. М. И. Бажанова, В. В. Сташиса: В. Я. Тация. — Харьков: «Право», — 1998. — С. 63.

Факультативними елементами об'єктивної сторони злочину є суспільно небезпечні наслідки та причиновий зв'язок між діянням та наслідками. Ці елементи не завжди вказані у законі як ознаки конкретного злочину.

Суспільно небезпечні наслідки — це шкода, яку спричиняє діяння суспільним відносинам, або реальна загроза спричинення такої шкоди (наприклад, шкода здоров'ю, майнова шкода тощо).

Причиновий зв'язок між діянням та наслідками передбачає наявність об'єктивно існуючого зв'язку між діянням та наслідками, коли діяння породжує, виступає об'єктивною причиною настання таких наслідків.

Суб'єктом злочину є фізична осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого, відповідно до КК України, може наставати кримінальна відповідальність. Спеціальним суб'єктом злочину є фізична осудна особа, що вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, злочин, суб'єктом якого може бути лише певна особа.

Ознаками загального суб'єкта злочину є:

—суб'єкт злочину — це завжди фізична особа;

—осудність (здатність особи під час вчинення злочину усвідомлювати свої дії та керувати ними);

—досягнення віку кримінальної відповідальності. За загальним правилом (ст. 22 КК України), кримінальній відповідальності підлягають особи, яким до вчинення злочину виповнилося 16 років. За окремі злочини, передбачені ч. 2 ст. 22 КК України, кримінальна відповідальність настає з 14 років.

Спеціальний суб'єкт злочину, крім ознак загального суб'єкта, додатково повинен мати спеціальні ознаки, які стосуються різних властивостей (громадянство, посадове становище, виконання професійних чи спеціальних функцій тощо). Наприклад, суб'єктом злочину одержання хабара (ст. 368 КК України) може бути лише службова особа; суб'єктом військових злочинів — лише військовослужбовець.

Суб'єктивна сторона злочину — це його внутрішня сторона, тобто психічна діяльність особи, що відображає ставлення її свідомості та волі до суспільно небезпечного діяння та його наслідкам[1].

Елементами суб'єктивної сторони злочину є вина, мотив та мета.

Виною є психічне ставлення особи до вчинюваної дії чи бездіяльності, передбаченої КК України, та її наслідків, виражене у формі умислу або необережності.

Вина особи є основною і обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони кожного складу злочину. Принцип кримінальної відповідальності особи за наявності її вини законодавчо сформульований у ч. 1 ст. 62 Конституції України, відповідно до якої особа вважається невинною у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду.

Умисел поділяється на прямий і непрямий.

Прямим є умисел, якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і бажала їх настання.

Непрямим є умисел, якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і хоча не бажала, але свідомо припускала їх настання.

[1] *Уголовное* право Украйни. Общая часть / Под ред. М. И. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тация. — Харьков: «Право», — 1998. — С. 126.

Необережність поділяється на злочинну самовпевненість та злочинну недбалість.

Необережність є злочинною самовпевненістю, якщо особа передбачала можливість настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), але легковажно розраховувала на їх відвернення.

Необережність є злочинною недбалістю, якщо особа не передбачала можливості настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), хоча повинна була і могла їх передбачити.

Мотив — це усвідомлена спонука особи, яка викликала у неї намір учинити злочин. Мотив є обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони складу злочину в тих випадках, коли він безпосередньо вказаний у диспозиції кримінального закону (наприклад, умисне вбивство з корисливих мотивів — п. 6 ч. 2 ст. 115 КК України).

Мета злочину — це бажання особи, яка вчиняє суспільно небезпечне діяння, досягти певних шкідливих наслідків. Вона є характерною для злочинів, що вчиняються з прямим умислом.

Щодо **класифікації злочинів,** то згідно зі ст. 12 КК України, залежно від ступеня тяжкості злочини поділяються на злочини невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі. Злочином невеликої тяжкості є злочин, за який цередбачене покарання у виді позбавлення волі на строк не більше двох років, або інше, більш м'яке покарання. Злочином середньої тяжкості є злочин, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк не більше п'яти років. Тяжким злочином є злочин, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк не більше десяти років. Особливо тяжким злочином є злочин, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк понад десять років або довічного позбавлення волі.

7.2. Скоєння навмисного злочину та злочину з необережності. Доводи, що подаються адвокатами на підтвердження правової позиції про вчинення злочину.

Виною є психічне ставлення особи до вчинюваної дії чи бездіяльності, передбаченої Кодексом, та її наслідків, виражене у формі умислу або необережності (ст. 23 КК України).

Відповідно до ст. 24 КК України, умисел поділяється на прямий і непрямий. Прямим є умисел, якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і бажала їх настання. Непрямим є умисел, якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і хоча не бажала, але свідомо припускала їх настання.

Згідно зі ст. 25 КК України, необережність поділяється на злочинну самовпевненість та злочинну недбалість. Необережність є злочинною самовпевненістю, якщо особа передбачала можливість настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), але легковажно розраховувала на їх відвернення. Необережність є злочинною недбалістю, якщо особа не передбачала можливості настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), хоча повинна була і могла їх передбачити.

7.3. Закінчений та незакінчений злочин. Готування до злочину та замах на злочин. Добровільна відмова від вчинення злочину.

Стадії вчинення злочину — це певні етапи його здійснення, що відрізняються один від одного ступенем реалізації умислу.

За змістом ст. 13 КК України, злочин може бути *закінченим* та *незакінченим.*

Закінченим злочином визнається діяння, яке містить усі ознаки складу злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини КК України.

Незакінченим злочином є готування до злочину та замах на злочин.

Отже, відповідно до КК України, існує три стадії вчинення умисного злочину:

—готування до злочину (ст. 14 КК України);

—замах на злочин (ст. 15 КК України);

—закінчений злочин.

За моментом закінчення злочини поділяються на три види:

—злочини з матеріальним складом;

—злочини з формальним складом;

—злочини з усіченим складом.

Злочини з матеріальним складом — це злочини, для об'єктивної сторони яких КК України потребує наявності як діяння (дії або бездіяльності), так і настання суспільно небезпечних наслідків. Наприклад, вбивство є закінченим з моменту заподіяння смерті іншій людині.

Злочини з формальним складом — це злочини, для об'єктивної сторони яких КК України вимагає наявності тільки діяння (дії чи бездіяльності). Тому злочин з формальним складом визнається закінченим з моменту вчинення самого діяння незалежно від настання суспільно небезпечних наслідків. Наприклад, розголошення державної таємниці (ч. 1 ст. 328) вважається закінченим з моменту розголошення відомостей, що становлять державну таємницю.

Злочини з усіченим складом — це різновид злочинів з формальним складом, вони є закінченими з моменту вчинення самого діяння. Особливість їх полягає в тому, що момент закінчення злочину переноситься законодавцем на більш ранню стадію, тобто на стадію готування до злочину чи замаху на злочин. Наприклад, розбій (ст. 187) є закінченим злочином з моменту нападу з метою заволодіння чужим майном.

Готуванням до злочину є підшукування або пристосування засобів чи знарядь, пошук співучасників або змова на вчинення злочину, усунення перешкод, а також інше умисне створення умов для вчинення злочину.

На стадії готування до злочину дії особи ще безпосередньо не спрямовані на об'єкт злочину, але такі дії створюють умови для вчинення закінченого злочину.

Замахом на злочин є вчинення особою з прямим умислом діяння (дії або бездіяльності), безпосередньо спрямованого на вчинення злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини Кримінального кодексу, якщо при цьому злочин не було доведено до кінця з причин, що не залежали від її волі

Сутність стадії замаху на злочин полягає в тому, що особа починає посягати на об'єкт кримінально-правової охорони, що піддається реальній загрозі спричинення шкоди, але фактично спричинення шкоди не відбувається з причин, що не залежать від волі винної особи. Якщо шкода і спричиняється, то не така, на яку розраховувала винна особа.

Замах на злочин відрізняється від закінченого злочину об'єктивною стороною. При замаху на злочин вона не завершена, відсутні деякі її ознаки (або не доведено до кінця діяння, яке утворює об'єктивну сторону складу злочину, або відсутній суспільно небезпечний наслідок), а при закінченому злочині об'єктивна сторона повністю виконана.

Замах на вчинення злочину є закінченим, якщо особа виконала усі дії, які вважала необхідними для доведення злочину до кінця, але злочин не було закінчено з причин, які не залежали від її волі.

Замах на вчинення злочину є незакінченим, якщо особа з причин, що не залежали від її волі, не вчинила усіх дій, які вважала необхідними для доведення злочину до кінця.

У деяких випадках особа, що почала вчиняти злочин, за різними причинами (страх відповідальності, жалість до потерпілого тощо) припиняє злочинні дії, хоч у неї й була реальна можливість довести злочин до кінця. У кримінальному законі такі випадки передбачені інститутом добровільної відмови від доведення злочину до кінця.

Добровільною відмовою є остаточне припинення особою за власною волею готування до злочину або замаху на злочин, якщо при цьому вона усвідомлювала можливість доведення злочину до кінця (ст. 17 КК України).

Особа, яка добровільно відмовилася від доведення злочину до кінця, підлягає кримінальній відповідальності лише в тому разі, якщо фактично вчинене нею діяння містить склад іншого злочину.

Ознаками добровільної відмови від злочину є:

—остаточне припинення особою готування до злочину або замаху на злочин;

—відмова від злочину з волі самої особи;

—наявність у особи усвідомлення можливості доведення злочину до кінця.

1. Остаточне припинення готування до злочину чи замаху на злочин означає остаточну відмову від доведення злочину до кінця, тобто дійсну і безповоротну відмову особи від вчинення задуманого нею злочину і відсутність наміру продовжити його в майбутньому.

2. При добровільній відмові від злочину особа свідомо, з власної (своєї) волі припиняє злочинну діяльність. Ініціатива добровільної відмови (прохання, вмовляння або навіть погрози) може належати й іншим особам (наприклад, родичам або жертві), але остаточне рішення про припинення злочинної діяльності самостійно приймає особа, яка добровільно відмовляється від доведення злочину до кінця.

3. Наявність у особи усвідомлення можливості довести злочин до кінця. Особа вважає, що відсутні причини (обставини), які вона не в змозі подолати для закінчення початого нею злочину, і їй вдасться в даних конкретних умовах його завершити.

Мотиви добровільної відмови від доведення злочину до кінця можуть бути різні: усвідомлення аморальності діяння, каяття, бажання виправитися, страх перед відповідальністю, жалість, невигідність скоєння злочину тощо. Вони (мотиви) не мають значення для визначення добровільної відмови від злочину.

Добровільна відмова від злочину *можлива тільки у незакінченому злочині, лише до моменту закінчення злочину,* бо тільки у цьому випадку особа може ліквідувати (припинити) створену нею небезпеку спричинення шкоди об'єкту, який охороняється кримінальним законом. Добровільна відмова не має місця на стадії закінченого злочину, оскільки є всі елементи та ознаки складу злочину і відмовитись від завершеного посягання вже неможливо.

На стадії готування до злочину добровільна відмова можлива в усіх випадках, причому в формі простої (чистої) бездіяльності.

На стадії незакінченого замаху на злочин добровільна відмова, як і при готуванні до злочину, можлива завжди. Тут також достатньо утримання від подальших дій, безпосередньо спрямованих на вчинення злочину.

На стадії закінченого замаху на злочин добровільна відмова можлива лише в тих випадках, коли між здійсненим діянням і ймовірним настанням суспільно небезпечних наслідків є деякий проміжок часу, в перебігу якого особа зберігає панування над розвитком причинного зв'язку, може втрутитись і запобігти настанню суспільно небезпечного наслідку. Наприклад, особа штовхнула потерпілого у водоймище з метою позбавлення життя, а потім врятувала його. Добровільна відмова в цих випадках можлива лише шляхом активних дій.

Особа, яка добровільно відмовилася від доведення злочину до кінця, підлягає кримінальній відповідальності лише в тому разі, якщо фактично вчинене нею діяння містить склад іншого злочину.

7.4. Осудність та неосудність особи, яка притягається до кримінальної відповідальності. Примусові заходи медичного характеру. Види примусових заходів медичного характеру. Примусове лікування. Продовження, заміна або припинення застосування заходів медичного характеру.

Відповідно до ст. 19 КК України, осудною визнається особа, яка під час вчинення злочину могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) і керувати ними. Не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка під час вчинення суспільно небезпечного діяння, перебувала у стані неосудності, тобто не могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними внаслідок хронічного психічного захворювання, тимчасового розладу психічної діяльності, недоумства або іншого хворобливого стану психіки. До такої особи за рішенням суду можуть бути застосовані примусові заходи медичного характеру.

Не підлягає покаранню особа, яка вчинила злочин у стані осудності, але до постановлення вироку захворіла на психічну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними. До такої особи за рішенням суду можуть застосовуватися примусові заходи медичного характеру, а після одужання така особа може підлягати покаранню.

Неосудність — це зумовлена розладом психічної діяльності нездатність особи усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними в момент вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого КК України.

Для визначення поняття неосудності використовується медичний та юридичний критерії.

Медичний (біологічний) критерій неосудності характеризується наявністю у особи одного з чотирьох різновидів хворобливого стану психіки (ч. 2 ст. 19 КК України).

Під *хронічним психічним захворюванням* розуміються важковиліковні психічні захворювання, що мають довготривалий характер і тенденцію до наростання хворобливих явищ: шизофренія, епілепсія, прогресований параліч, маніакально-депресивний психоз тощо.

Тимчасовий розлад психічної діяльності — це психічні захворювання, які характеризуються раптовим початком, швидким розвитком, відносно нетривалим пе-

ребігом і зазвичай закінчуються повним одужанням особи (наприклад, гострий алкогольний психоз).

Недоумство — це розумова недорозвиненість, яка може бути вродженою (олігофренія) чи набутою (деменція) внаслідок перенесених хвороб. Воно характеризується зменшенням або повним занепадом інтелектуальних здібностей особи, що пов'язано з необоротними дефектами центральної нервової системи. Найтяжча форма олігофренії — ідіотія, середня — імбецильність, найлегша — дебільність. Остання не завжди пов'язана зі втратою здатності розуміти суспільну небезпечність діяння, що залежить від глибини ураження центральної нервової системи та змісту діяння.

До *іншого хворобливого стану психіки* належить розлад психічної діяльності, що не підпадає під ознаки перших трьох категорій: тяжкі форми психопатій, стани, що виникають внаслідок марення при тяжких інфекціях (наприклад, тифі), черепно-мозкових травмах (травматична енцефалопатія), пухлинах мозку, явища абстиненції (морфійного голодування), аномалії психіки у глухонімих тощо.

Юридичний критерій неосудності охоплює дві ознаки:

—інтелектуальна — нездатність особи усвідомлювати свої дії (бездіяльність), коли вона не розуміє фактичний бік своєї поведінки або не може усвідомлювати її суспільну небезпечність;

—вольова — нездатність керувати своїми діями (бездіяльністю), передбаченими КК як суспільно небезпечні (наприклад, піроман не може подолати непереборного хворобливого потягу до підпалів, хоча й розуміє суспільно небезпечний характер такої поведінки).

Для наявності юридичного критерію неосудності достатньо наявності однієї ознаки — інтелектуальної або вольової.

Не підлягає кримінальний відповідальності особа, яка під час вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого КК України, перебувала у стані неосудності, тобто не могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними внаслідок хронічного психічного захворювання, тимчасового розладу психічної діяльності, недоумства або іншого хворобливого стану психіки. До такої особи за рішенням суду можуть бути застосовані примусові заходи медичного характеру.

Не підлягає покаранню особа, яка вчинила злочин у стані осудності, але до винесення вироку захворіла на психічну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними. До такої особи за рішенням суду можуть застосовуватися примусові заходи медичного характеру, а після одужання така особа може підлягати покаранню.

Особа, яка вчинила злочин у стані сп'яніння внаслідок вживання алкоголю, наркотичних засобів або інших дурманних речовин, підлягає кримінальній відповідальності.

Кримінальній відповідальності підлягають особи, яким до вчинення злочину виповнилося 16 років. Особи, що вчинили злочини у віці від 14 до 16 років, підлягають кримінальній відповідальності лише за умисне вбивство (статті 115-117). посягання на життя державного чи громадського діяча, працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку : державного кордону або військовослужбовця, судді, народного засідателя чи присяжного у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною зі здійсненням правосуддя, захисника чи представника особи у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги, представника іноземної держави (статті 112, 348, 379, 400. 443), умисне тяжке тілесне ушкодження (ст. 121, ч. 3 статей 345, 346, 350, 377.

398), умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження (стаття 122, ч. 2 статей 345, 346, 350, 377, 398), диверсію (ст. 113), бандитизм (ст. 257), терористичний акт (ст. 258), захоплення заручників (статті 147 і 349), згвалтування (ст. 152), насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом (ст. 153), крадіжку (ст. 185, ч. 1 статей 262, 308), грабіж (статті 186, 262, 308), розбій (ст. 187, ч. 3 статей 262, 308), вимагання (статті 189, 262, 308), умисне знищення або пошкодження майна (ч. 2 статей 194, 347, 352, 378, частини 2 та 3 ст. 399), пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів (ст. 277), угон або захоплення залізничного рухомого складу, повітряного, морського чи річкового судна (ст. 278), незаконне заволодіння транспортним засобом (частини 2, 3 ст. 289), хуліганство (ст. 296).

Згідно зі ст. 92 КК України, примусовими заходами медичного характеру є надання амбулаторної психіатричної допомоги, поміщення особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК України, у спеціальний лікувальний заклад з метою її обов'язкового лікування, а також запобігання вчиненню нею суспільно небезпечних діянь.

Примусові заходи медичного характеру можуть бути застосовані судом до осіб, які:

1) вчинили у стані неосудності суспільно небезпечні діяння;

2) вчинили у стані обмеженої осудності злочини;

3) вчинили злочин у стані осудності, але захворіли на психічну хворобу до винесення вироку або під час відбування покарання.

Залежно від характеру та тяжкості захворювання, тяжкості вчиненого діяння, з урахуванням ступеня небезпечності психічно хворого для себе або інших осіб, суд може застосувати такі примусові заходи медичного характеру:

1) надання амбулаторної психіатричної допомоги у примусовому порядку;

2) госпіталізація до психіатричного закладу зі звичайним наглядом;

3) госпіталізація до психіатричного закладу з посиленим наглядом;

4) госпіталізація до психіатричного закладу із суворим наглядом.

Надання амбулаторної психіатричної допомоги у примусовому порядку може бути застосоване судом щодо особи, яка страждає на психічні розлади і вчинила суспільно небезпечне діяння, якщо особа за станом свого психічного здоров'я не потребує госпіталізації до психіатричного закладу.

Госпіталізація до психіатричного закладу зі звичайним наглядом може бути застосована судом щодо психічно хворого, який за своїм психічним станом і характером вчиненого суспільно небезпечного діяння потребує тримання у психіатричному закладі і лікування у примусовому порядку.

Госпіталізація до психіатричного закладу з посиленим наглядом може бути застосована судом щодо психічно хворого, який вчинив суспільно небезпечне діяння, не пов'язане з посяганням на життя інших осіб, і за своїм психічним станом не становить загрози для суспільства, але потребує тримання у психіатричному закладі та лікування в умовах посиленого нагляду.

Госпіталізація до психіатричного закладу із суворим наглядом може бути застосована судом щодо психічно хворого, який вчинив суспільно небезпечне діяння, пов'язане з посяганням на життя інших осіб, а також щодо психічно хворого, який за своїм психічним станом і характером вчиненого суспільно небезпечного діяння становить особливу небезпеку для суспільства і потребує тримання у психіатричному закладі та лікування в умовах суворого нагляду.

Якщо не буде визнано за необхідне застосування до психічно хворого примусових заходів медичного характеру, а також у разі припинення застосування таких

заходів, суд може передати його на піклування родичам або опікунам з обов'язковим лікарським наглядом.

Продовження, зміна або припинення застосування примусових заходів медичного характеру здійснюється судом за заявою представника психіатричного закладу (лікаря-психіатра), який надає особі таку психіатричну допомогу, до якої додається висновок комісії лікарів-психіатрів, який обґрунтовує необхідність продовження, зміни або припинення застосування таких примусових заходів. Особи, до яких застосовані примусові заходи медичного характеру, підлягають огляду комісією лікарів-психіатрів не рідше одного разу на 6 місяців для вирішення питання про наявність підстав для звернення до суду із заявою про припинення або про зміну застосування такого заходу. У разі відсутності підстав для припинення або зміни застосування примусового заходу медичного характеру представник психіатричного закладу (лікар-психіатр), який надає особі таку психіатричну допомогу, направляє до суду заяву, до якої додається висновок комісії лікарів-психіатрів, який містить обґрунтування про необхідність продовження застосування примусового заходу медичного характеру. У разі необхідності продовження застосування примусового заходу медичного характеру на строк понад 6 місяців представник психіатричного закладу (лікар-психіатр), який надає особі таку психіатричну допомогу, повинен направити до суду за місцем знаходження психіатричного закладу заяву про продовження застосування примусового заходу. До заяви додається висновок комісії лікарів-психіатрів, який містить обґрунтування про необхідність продовження надання особі такої психіатричної допомоги. В подальшому продовження застосовування примусового заходу медичного характеру проводиться кожного разу на строк, який не може перевищувати 6 місяців.

У разі припинення застосування примусових заходів медичного характеру через зміну психічного стану особи на краще, суд може передати її на піклування родичам або опікунам з обов'язковим лікарським наглядом.

У разі припинення застосування примусових заходів медичного характеру через видужання особи, які вчинили злочини у стані осудності, але захворіли на психічну хворобу до постановлення вироку, підлягають покаранню на загальних засадах, а особи, які захворіли на психічну хворобу під час відбування покарання, можуть підлягати подальшому відбуванню покарання.

Примусове лікування може бути застосоване судом, незалежно від призначеного покарання, до осіб, які вчинили злочини та мають хворобу, що становить небезпеку для здоров'я інших осіб.

У разі призначення покарання у виді позбавлення волі або обмеження волі примусове лікування здійснюється за місцем відбування покарання. У разі призначення інших видів покарань примусове лікування здійснюється у спеціальних лікувальних закладах.

7.5. Необхідна оборона та крайня необхідність. Перевищення меж необхідної оборони. Уявна оборона. Діяння, пов'язане з ризиком. Захист у таких справах.

Згідно зі ст. 36 КК України, необхідною обороною визнаються дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільне небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної

і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони.

Кожна особа має право на необхідну оборону незалежно від можливості уникнути суспільно небезпечного посягання або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів влади.

Перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту. Перевищення меж необхідної оборони тягне кримінальну відповідальність лише у випадках, спеціально передбачених у статтях 118 та 124 КК України.

Особа не підлягає кримінальній відповідальності, якщо через сильне душевне хвилювання, викликане суспільно небезпечним посяганням, вона не могла оцінити відповідність заподіяної нею шкоди небезпечності посягання чи обстановці захисту.

Не є перевищенням меж необхідної оборони і не має наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту від нападу озброєної особи або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає.

Від необхідної оборони слід відрізняти уявну оборону (ст. 37 КК України). Уявною обороною визнаються дії, пов'язані із заподіянням шкоди за таких обставин, коли реального суспільно небезпечного посягання не було, і особа, неправильно оцінюючи дії потерпілого, лише помилково припускала наявність такого посягання.

Уявна оборона виключає кримінальну відповідальність за заподіяну шкоду лише у випадках, коли обстановка, що склалася, давала особі достатні підстави вважати, що мало місце реальне посягання, і вона не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення.

Якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення, але при цьому перевищила межі захисту, що дозволяються в умовах відповідного реального посягання, вона піддягає кримінальній відповідальності як за перевищення меж необхідної оборони.

Якщо в обстановці, що склалася, особа не усвідомлювала, але могла усвідомлювати відсутність реального суспільно небезпечного посягання, вона підлягає кримінальній відповідальності за заподіяння шкоди через необережність.

Не є злочином заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам у стані крайньої необхідності, тобто для усунення небезпеки, що безпосередньо загрожує особі чи охоронюваним законом правам цієї людини або інших осіб, а також суспільним інтересам чи інтересам держави, якщо цю небезпеку в даній обстановці не можна було усунути іншими засобами і якщо при цьому не було допущено перевищення меж крайньої необхідності. Перевищенням меж крайньої необхідності є умисне заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам, якщо така шкода є більш значною, ніж відвернена шкода.

Особа не підлягає кримінальній відповідальності за перевищення меж крайньої необхідності, якщо внаслідок сильного душевного хвилювання, викликаного небезпекою, що загрожувала, вона не могла оцінити відповідність заподіяної шкоди цій небезпеці.

Не визнаються злочинними дії потерпілого та інших осіб безпосередньо після вчинення посягання, спрямовані на затримання особи, яка вчинила злочин, і доставлення її відповідним органам влади, якщо при цьому не було допущено перевищення заходів, необхідних для затримання такої особи.

Перевищенням заходів, необхідних для затримання злочинця, визнається умисне заподіяння особі, що вчинила злочин, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці затримання злочинця. Перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця, має наслідком відповідальність лише у випадках, спеціально передбачених у статтях 118 та 124 КК України.

Не є злочином діяння (дія або бездіяльність), яке заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам, якщо це діяння було вчинене в умовах виправданого ризику для досягнення значної суспільно корисної мети. Ризик визнається виправданим, якщо мету, що була поставлена, не можна було досягти в даній обстановці дією (бездіяльністю), не поєднаною з ризиком, і особа, яка допустила ризик, обґрунтовано розраховувала, що вжиті нею заходи є достатніми для відвернення шкоди правоохоронюваним інтересам. Ризик не визнається виправданим, якщо він завідомо створював загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи інших надзвичайних подій.

7.6. Поняття співучасті. Види співучасників. Відмежування співучасті від приховування та неповідомлення про підготовлений або вчинений злочин. Кримінальна відповідальність співучасників.

Співучастю у злочині є умисна спільна участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину (ст. 26 КК України). Об'єктивні ознаки співучасті:

1) У злочині беруть участь хоча б дві особи, які відповідають вимогам, що висуваються до суб'єктів злочину.

2) Співучасть — це діяльність спільна. Спільність поєднує у собі три моменти:

—вчинення злочину загальними зусиллями усіх співучасників;

—спричинення єдиного для всіх співучасників наслідку;

—причинний зв'язок між діями кожного співучасника і злочинним результатом.

Суб'єктивні ознаки співучасті включають:

1) наявність умисної вини у всіх співучасників злочину;

2) взаємну поінформованість співучасників про злочинну діяльність кожного з них;

3) усвідомлення кожним співучасником спільного характеру діяння і своєї ролі в ньому;

4) бажання настання суспільно небезпечних наслідків або свідоме їх припущення.

Форми співучасті — це об'єднання співучасників, що розрізняються між собою за характером ролей, які вони виконують, та за сталістю суб'єктивних зв'язків між ними.

Є дві підстави для поділу співучасті на форми. Перша підстава — це виконання співучасниками об'єктивної сторони вчинюваного злочину. Друга підстава — це наявність або відсутність між особами попередньої домовленості на вчинення злочину.

За характером виконання об'єктивної сторони складу злочину виділяють просту форму співучасті і складну.

Проста форма має місце тоді, коли при вчиненні злочину відсутній розподіл ролей. Всі співучасники виконують об'єктивну сторону складу злочину (співвиконавство).

Складна форма співучасті передбачає розподіл співучасників залежно від ролей, які вони виконують. У цьому випадку крім виконавців є й інші співучасники, зокрема, організатор, підбурювач і пособник.

Види співучасників визначаються ст. 27 КК України.

Співучасниками злочину, поряд із виконавцем, є організатор, підбурювач та пособник.

Виконавцем (співвиконавцем) є особа, яка у співучасті з іншими суб'єктами злочину безпосередньо чи шляхом використання інших осіб, що, відповідно до закону, не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне, вчинила злочин, передбачений КК України.

Організатором є особа, яка організувала вчинення злочину (злочинів) або керувала його (їх) підготовкою чи вчиненням. Організатором також є особа, яка утворила організовану групу чи злочинну організацію або керувала нею, або особа, яка забезпечувала фінансування чи організовувала приховування злочинної діяльності організованої групи або злочинної організації.

Підбурювачем є особа, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення злочину.

Пособником є особа, яка порадами, вказівками, наданням засобів чи знарядь або усуненням перешкод сприяла вчиненню злочину іншими співучасниками, а також особа, яка заздалегідь обіцяла переховати злочинця, знаряддя чи засоби вчинення злочину, сліди злочину чи предмети, здобуті злочинним шляхом, придбати чи збути такі предмети або іншим чином сприяти приховуванню злочину.

Друга підстава для поділу співучасті на форми є наявність або відсутність між особами попередньої домовленості на вчинення злочинів. Форми цієї співучасті знайшли відображення у ст. 28 КК України.

Стаття 28 КК України передбачає форми співучасті в залежності від стійкості суб'єктивних зв'язків, ступеня згуртованості.

КК України за ступенем згуртованості виділяє такі форми співучасті, як:

—співучасть без попередньої змови;

—співучасть за попередньою змовою;

—організована група;

—злочинна організація.

Злочин визнається таким, що вчинений групою осіб, якщо у ньому брали участь декілька (два або більше) виконавців без попередньої змови між собою.

Злочин визнається вчиненим за попередньою змовою групою осіб, якщо його спільно вчинили декілька осіб (дві або більше), які заздалегідь, тобто до початку злочину, домовилися про спільне його вчинення.

Злочин визнається вчиненим організованою групою, якщо в його готуванні або вчиненні брали участь декілька осіб (три і більше), які попередньо зорганізувалися у стійке об'єднання для вчинення цього та іншого (інших) злочинів, об'єднаних єдиним планом із розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану, відомого усім учасникам групи.

Злочин визнається вчиненим злочинною організацією, якщо він скоєний стійким ієрархічним об'єднанням декількох осіб (три і більше), члени якого або структурні частини якого за попередньою змовою зорганізувалися для спільної діяльності з метою безпосереднього вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів

учасниками цієї організації, або керівництва чи координації злочинної діяльності інших осіб, або забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших злочинних груп.

Виконавець (співвиконавець) підлягає кримінальній відповідальності за статтею Особливої частини КК України, яка передбачає вчинений ним злочин.

Організатор, підбурювач та пособник підлягають кримінальній відповідальності за відповідною частиною ст. 27 і тією статтею (частиною статті) Особливої частини КК України, яка передбачає злочин, вчинений виконавцем.

Ознаки, що характеризують особу окремого співучасника злочину, ставляться в вину лише цьому співучасникові. Інші обставини, що обтяжують відповідальність і передбачені у статтях Особливої частини КК України як ознаки злочину, що впливають на кваліфікацію дій виконавця, ставляться в вину лише співучаснику, який усвідомлював ці обставини.

У разі вчинення виконавцем незакінченого злочину інші співучасники підлягають кримінальній відповідальності за співучасть у незакінченому злочині.

Співучасники не підлягають кримінальній відповідальності за діяння, вчинене виконавцем, якщо воно не охоплювалося їхнім умислом.

Організатор організованої групи чи злочинної організації підлягає кримінальній відповідальності за всі злочини, вчинені організованою групою чи злочинною організацією, якщо вони охоплювалися його умислом. Інші учасники організованої групи чи злочинної організації підлягають кримінальній відповідальності за злочини, у підготовці або вчиненні яких вони брали участь, незалежно від тієї ролі, яку виконував у злочині кожен із них.

7.7. *Поняття покарання та його мета. Види покарань. Основні та додаткові покарання.*

Покарання є заходом примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину, і полягає в передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого (ч. 1 ст. 50 КК України).

Покарання має на меті не тільки кару, а й виправлення засуджених, а також запобігання чиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами. Покарання не має на меті завдати фізичних страждань або принизити людську гідність.

Покарання має особистий характер, спеціальну мету і тягне за собою судимість.

Метою покарання є:

1) кара;
2) виправлення засудженого;
3) запобігання вчиненню засудженим нових злочинів (спеціальна превенція):
4) запобігання вчиненню злочинів іншими особами (загальна превенція).

Під *карою* як метою покарання розуміється застосування до засудженого такого комплексу обмежень його прав та свобод, який буде відчутним і водночас достатнім для досягнення основних цілей покарання — виправлення засудженого, а також спеціальної і загальної превенції.

Виправлення являє собою такі зміни особистості засудженого, коли він позбавляється негативних рис та установок, які можуть зумовити його готовність до суспільно небезпечної та протиправної поведінки.

Спеціальна превенція означає прагнення законодавця попередити особу про недопустимість злочинної поведінки надалі, а якщо особа заарештовується або позбавляється волі, то шляхом ізоляції цієї особи від суспільства обмежити її можливість вчинити новий злочин.

Сутність загальної превенції полягає втому, щоб шляхом покарання конкретної особи утримати від вчинення злочинів інших осіб.

До осіб, визнаних винними у вчиненні злочину, судом можуть бути застосовані такі види покарань (ст. 51 КК України):

1) штраф;
2) позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу;
3) позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю;
4) громадські роботи;
5) виправні роботи;
6) службові обмеження для військовослужбовців;
7) конфіскація майна;
8) арешт;
9) обмеження волі;
10) тримання у дисциплінарному батальйоні військовослужбовців;
11) позбавлення волі на певний строк;
12) довічне позбавлення волі.

Отже, КК України закріплює систему покарань, тобто встановлений кримінальним законом обов'язковий для суду перелік покарань, що розташовані за ступенем їх тяжкості — від менш суворих до більш суворих. Наведений перелік видів покарань є вичерпним, розширене його тлумачення не допускається.

За характером заходів, що можуть застосовуватись до засуджених, та специфікою обмежень прав і свобод система включає п'ять груп покарань:

а) покарання майнового характеру (штраф, виправні роботи, службові обмеження для військовослужбовців, конфіскація майна);

б) покарання, пов'язані з моральним впливом на засудженого та можливими матеріальними втратами для нього (позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу);

в) покарання, пов'язані з трудовим впливом на засудженого та можливими матеріальними втратами для нього (громадські роботи, виправні роботи);

г) покарання, пов'язані з обмеженнями у сфері діяльності засудженого (позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю);

ґ) покарання, пов'язані з обмеженням пересування і спілкування з іншими членами суспільства (арешт, обмеження та позбавлення волі, тримання у дисциплінарному батальйоні військовослужбовців).

Основними покараннями є громадські роботи, виправні роботи, службові обмеження для військовослужбовців, арешт, обмеження волі, тримання у дисциплінарному батальйоні військовослужбовців, позбавлення волі на певний строк, довічне позбавлення волі.

Додатковими покараннями є позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу та конфіскація майна.

Штраф та позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю можуть застосовуватися як основні, так і як додаткові покарання.

За один злочин може бути призначено лише одне основне покарання, передбачене в санкції статті Особливої частини КК України. До основного покарання може бути приєднане одне чи кілька додаткових покарань.

Штраф — це грошове стягнення, що накладається судом у випадках і межах, встановлених в Особливій частині КК України. Розмір штрафу визначається судом залежно від тяжкості вчиненого злочину та з урахуванням майнового стану винного в межах від 30 до 1000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, якщо статтями Особливої частини не передбачено вищого розміру штрафу.

Штраф як додаткове покарання може бути призначений лише тоді, якщо його спеціально передбачено в санкції статті Особливої частини КК України.

У разі неможливості сплати штрафу суд може замінити несплачену суму штрафу покаранням у виді громадських робіт із розрахунку: десять годин громадських робіт за один встановлений законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян, або виправними роботами із розрахунку один місяць виправних робіт за чотири, встановлених законодавством неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, але на строк не більше двох років.

Засуджена за тяжкий чи особливо тяжкий злочин особа, яка має військове, спеціальне звання, ранг, чин або кваліфікаційний клас, може бути позбавлена за вироком суду цього звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу.

Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю може бути призначене як основне покарання на строк від 2 до 5 років або як додаткове покарання на строк від 1 до 3 років.

Громадські роботи полягають у виконанні засудженим у вільний від роботи чи навчання час безоплатних суспільно корисних робіт, вид яких визначають органи місцевого самоврядування. Громадські роботи не призначаються особам, визнаним інвалідами першої або другої групи, вагітним жінкам, особам, які досягли пенсійного віку, а також військовослужбовцям строкової служби.

Покарання у виді виправних робіт встановлюється на строк від 6 місяців до 2 років і відбувається за місцем роботи засудженого. Із суми заробітку засудженого до виправних робіт провадиться відрахування в дохід держави у розмірі, встановленому вироком суду, в межах від 10 до 20 відсотків. Виправні роботи не застосовуються до вагітних жінок та жінок, які перебувають у відпустці з догляду за дитиною, до непрацездатних, до осіб, що не досягли 16 років, та тих, що досягли пенсійного віку, а також до військовослужбовців, працівників правоохоронних органів, нотаріусів, суддів, прокурорів, адвокатів, державних службовців, посадових осіб органів місцевого самоврядування.

Покарання у виді конфіскації майна полягає у примусовому безоплатному вилученні у власність держави всього або частини майна, яке є власністю засудженого. Якщо конфіскується частина майна, суд повинен зазначити, яка саме частина майна конфіскується, або перелічити предмети, що конфіскуються.

Конфіскація майна призначається за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини і може бути призначена лише у випадках, спеціально передбачених в Особливій частині КК України. Перелік майна, що не підлягає конфіскації, визначається законом України.

7.8. Арешт, обмеження волі, позбавлення волі на певний строк. Довічне позбавлення волі.

Покарання у виді арешту полягає в триманні засудженого в умовах ізоляції і встановлюється на строк від 1 до 6 місяців. Військовослужбовці відбувають арешт на гауптвахті.

Арешт не застосовується до осіб віком до 16 років, вагітних жінок та до жінок, які мають дітей віком до семи років.

Покарання у виді обмеження волі полягає у триманні особи в кримінально-виконавчих установах відкритого типу без ізоляції від суспільства в умовах здійснення за нею нагляду з обов'язковим залученням засудженого до праці.

Обмеження волі встановлюється на строк від 1 до 5 років.

Обмеження волі не застосовується до неповнолітніх, вагітних жінок і жінок, що мають дітей віком до 14 років, до осіб, що досягли пенсійного віку, військовослужбовців строкової служби та до інвалідів першої і другої групи.

Покарання у виді тримання в дисциплінарному батальйоні призначається військовослужбовцям строкової служби на строк від 6 місяців до 2 років у випадках, передбачених КК України, а також якщо суд, враховуючи обставини справи та особу засудженого, вважатиме за можливе замінити позбавлення волі на строк не більше двох років триманням у дисциплінарному батальйоні на той самий строк.

Тримання у дисциплінарному батальйоні військовослужбовців замість позбавлення волі не може застосовуватися до осіб, які раніше відбували покарання у виді позбавлення волі.

Покарання у виді позбавлення волі полягає в ізоляції засудженого та поміщенні його на певний строк до кримінально-виконавчої установи. Позбавлення волі встановлюється на строк від 1 до 15 років.

Довічне позбавлення волі встановлюється за вчинення особливо тяжких злочинів і застосовується лише у випадках, спеціально передбачених КК України, якщо суд не вважає за можливе застосовувати позбавлення волі на певний строк.

Довічне позбавлення волі не застосовується до осіб, що вчинили злочини у віці до 18 років, і до осіб віком понад 65 років, а також до жінок, що були у стані вагітності під час вчинення злочину або на момент винесення вироку.

7.9. Відповідальність за злочини, пов'язані з використанням транспортних засобів. Методика роботи адвоката у таких справах.

Злочинами, відповідно до умов статтей КК України, вважаються:

Порушення правил безпеки руху або експлуатації залізничного, водного чи повітряного транспорту (ст. 276). Порушення працівником залізничного, водного або повітряного транспорту правил безпеки руху або експлуатації транспорту, а також недоброякісний ремонт транспортних засобів, колій, засобів сигналізації та зв'язку, якщо це створило небезпеку для життя людей або настання інших тяжких наслідків.

Окремими кваліфікуючими ознаками є ті самі діяння, якщо вони спричинили потерпілому середньої тяжкості чи тяжкі тілесні ушкодження або заподіяли велику матеріальну шкоду, а також якщо вони призвели до загибелі людей.

Пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів (ст. 277). Умисне руйнування або пошкодження шляхів сполучення, споруд на них, рухомого складу або суден, засобів зв'язку чи сигналізації, а також інші дії, спрямовані на приведення зазначених предметів у непридатний для експлуатації стан, якщо це спричинило чи могло спричинити аварію поїзда, судна або порушило нормальну роботу транспорту або створило небезпеку для життя людей чи настання інших тяжких наслідків.

Окремими кваліфікуючими ознаками є ті самі діяння, якщо вони спричинили потерпілому середньої тяжкості чи тяжкі тілесні ушкодження або завдали великої матеріальної шкоди, а також якщо вони спричинили загибель людей.

Угон або захоплення залізничного рухомого складу, повітряного, морського чи річкового судна (ст. 278). Відповідно до умов цієї статті, злочином є угон або захоплення залізничного рухомого складу, повітряного, морського чи річкового

судна, а також ті самі дії, вчинені за попередньою змовою групою осіб або поєднані з насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого.

Окремими кваліфікуючими ознаками є вчинення дій, передбачених частинами 1 або 2 цієї статті, організованою групою або поєднані з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або такі, що спричинили загибель людей чи інші тяжкі наслідки.

Блокування транспортних комунікацій, а також захоплення транспортного підприємства (ст. 279). Блокування транспортних комунікацій шляхом влаштування перешкод, відключення енергопостачання чи іншим способом, яке порушило нормальну роботу транспорту або створювало небезпеку для життя людей, або настання інших тяжких наслідків.

Окремими кваліфікуючими ознаками є захоплення вокзалу, аеродрому, порту, станції або іншого транспортного підприємства, установи або організації, а також дії, передбачені частинами 1 або 2 цієї статті, якщо вони спричинили загибель людей або інші тяжкі наслідки.

Примушування працівника транспорту до невиконання своїх службових обов'язків (ст. 280). Відповідно до умов цієї статті, злочином є примушування працівника залізничного, повітряного, водного, автомобільного, міського електричного чи магістрального трубопровідного транспорту до невиконання своїх службових обов'язків шляхом погрози вбивством, заподіянням тяжких тілесних ушкоджень або знищенням майна цього працівника чи близьких йому осіб.

Окремими кваліфікуючими ознаками є ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, а також дії, передбачені частинами 1 або 2 цієї статті, вчинені організованою групою або поєднані з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або такі, що спричинили загибель людей чи інші тяжкі наслідки.

Порушення правил повітряних польотів (ст. 281). Відповідно до умов цієї статті, злочином є порушення правил безпеки польотів повітряних суден особами, які не є працівниками повітряного транспорту, якщо це створило небезпеку для життя людей або настання інших тяжких наслідків.

Окремими кваліфікуючими ознаками є ті самі діяння, якщо вони спричинили потерпілому середньої тяжкості тілесні ушкодження або завдали великої матеріальної шкоди, а також якщо вони спричинили загибель людей.

Порушення правил використання повітряного простору (ст. 282), а саме: порушення правил пуску ракет, проведення усіх видів стрільби, вибухових робіт або вчинення інших дій у повітряному просторі, якщо це створило загрозу безпеці повітряних польотів.

Окремими кваліфікуючими ознаками є ті самі діяння, якщо вони спричинили потерпілому середньої тяжкості чи тяжкі тілесні ушкодження або завдали великої матеріальної шкоди, а також якщо вони спричинили загибель людей.

Самовільне без нагальної потреби зупинення поїзда (ст. 283). Злочином є самовільне без нагальної потреби зупинення поїзда стоп-краном чи шляхом роз'єднання повітряної гальмової магістралі або іншим способом, якщо це створило загрозу загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків або заподіяло шкоду здоров'ю потерпілого, а також ті самі дії, якщо вони спричинили загибель людей або інші тяжкі наслідки.

Ненадання допомоги судну та особам, що зазнали лиха (ст. 284), а саме ненадання допомоги капітаном судна у разі зіткнення з іншим судном екіпажу та пасажирам останнього, а також зустрінутим у морі або на іншому водному шляху особам, які зазнали лиха, якщо він мав можливість надати таку допомогу без серйозної небезпеки для свого судна, його екіпажу і пасажирів.

Неповідомлення капітаном назви свого судна при зіткненні суден (ст. 285), а саме неповідомлення капітаном судна іншому судну, що зіткнулося з ним у морі, назви і порту приписки свого судна, а також місця свого відправлення та призначення, незважаючи на наявність можливості подати ці відомості.

Порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами (ст. 286).

Відповідно до умов КК України, злочином вважається порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особою, яка керує транспортним засобом, що спричинило потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження, тяжке тілесне ушкодження або смерть.

Окремими кваліфікуючими ознаками є ті самі діяння, якщо вони спричинили смерть потерпілого або заподіяли тяжке тілесне ушкодження та ті ж самі діяння, якщо вони спричинили загибель кількох осіб.

При цьому слід мати на увазі, що під транспортними засобами у цій статті та статтях 287, 289 і 290 слід розуміти усі види автомобілів, трактори та інші самохідні машини, трамваї і тролейбуси, а також мотоцикли та інші механічні транспортні засоби.

Випуск в експлуатацію технічно несправних транспортних засобів або інше порушення їх експлуатації (ст. 287), а саме: випуск в експлуатацію завідомо технічно несправних транспортних засобів, допуск до керування транспортним засобом особи, яка перебуває у стані сп'яніння або не має права на керування транспортним засобом, чи інше грубе порушення правил експлуатації транспорту, що убезпечують дорожній рух, вчинене особою, відповідальною за технічний стан або експлуатацію транспортних засобів, якщо це спричинило потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження, тяжке тілесне ушкодження або його смерть.

Порушення правил, норм і стандартів, що стосуються убезпечення дорожнього руху (ст. 288), а саме, порушення правил, норм і стандартів, що стосуються убезпечення дорожнього руху, вчинене особою, відповідальною за будівництво, реконструкцію, ремонт чи утримання шляхів, вулиць, залізничних переїздів, інших шляхових споруд, або особою, яка виконує такі роботи, якщо це порушення спричинило потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження, тяжке тілесне ушкодження або смерть.

Незаконне заволодіння транспортним засобом (ст. 289).

Під незаконним заволодінням транспортним засобом у цій статті слід розуміти вчинене умисно, з будь-якою метою протиправне вилучення будь-яким способом транспортного засобу у власника чи користувача всупереч їх волі.

Окремими кваліфікуючими ознаками є ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або поєднані з насильством, що не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або з погрозою застосування такого насильства, або вчинені з проникненням у приміщення чи інше сховище, або якщо вони завдали значної матеріальної шкоди, та ті ж самі дії, вчинені організованою групою або поєднані з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або з погрозою застосування такого насильства, або якщо вони завдали великої матеріальної шкоди.

Звільняється від кримінальної відповідальності судом особа, яка вперше вчинила дії, передбачені цією статтею (за винятком випадків незаконного заволодіння транспортним засобом із застосуванням насильства до потерпілого чи погрозою застосування такого насильства), але добровільно заявила про це правоохоронним органам, повернула транспортний засіб власнику і повністю відшкодувала завдані збитки.

Матеріальна шкода визнається значною у разі заподіяння реальних збитків на суму від 100 до 250 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а великою — у разі заподіяння реальних збитків на суму понад 250 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Знищення, підробка або заміна номерів вузлів та агрегатів транспортного засобу (ст. 290), а самі знищення, підробка або заміна ідентифікаційного номера, номерів двигуна, шасі або кузова, або заміна без дозволу відповідних органів номерної панелі з ідентифікаційним номером транспортного засобу.

Злочинами, пов'язаними з використанням транспортних засобів також є *порушення чинних на транспорті правил (ст. 291),* що убезпечують рух, якщо це спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки, а також *пошкодження об'єктів магістральних нафто-, газо- та нафтопродуктопроводів (ст. 292),* а саме: пошкодження або руйнування магістральних нафто-, газо- та нафтопродуктопроводів, відводів від них, а також технологічно пов'язаних з ними об'єктів, споруд, засобів автоматики, зв'язку, сигналізації, якщо це призвело до порушення нормальної роботи зазначених трубопроводів або спричинило небезпеку для життя людей.

7.10. Загальні засади призначення покарання. Обставини, які пом'якшують та обтяжують покарання. Використання адвокатом роз'яснень Пленуму Верховного Суду України та судової практики з питань, пов'язаних із призначенням покарань.

Суд призначає покарання:

1) у межах, установлених у санкції статті Особливої частини КК України, що передбачає відповідальність за вчинений злочин;

2) відповідно до положень Загальної частини КК України;

3) враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання.

Особі, яка вчинила злочин, має бути призначене покарання, необхідне й достатнє для її виправлення та попередження нових злочинів. Підстави для призначення більш м'якого покарання, ніж це передбачено відповідною статтею Особливої частини КК України за вчинений злочин, визначаються ст. 69 КК України. Більш суворе покарання, ніж передбачене відповідними статтями Особливої частини цього Кодексу за вчинений злочин, може бути призначене за сукупністю злочинів і за сукупністю вироків згідно зі статтями 70 та 71 КК України.

При призначенні покарання обставинами, які його пом'якшують, визнаються:

1) з'явлення із зізнанням, щире каяття або активне сприяння розкриттю злочину;

2) добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди:

3) вчинення злочину неповнолітнім;

4) вчинення злочину жінкою у стані вагітності;

5) вчинення злочину внаслідок збігу тяжких особистих, сімейних чи інших обставин;

6) вчинення злочину під впливом погрози, примусу або через матеріальну, службову чи іншу залежність;

7) вчинення злочину під впливом сильного душевного хвилювання, викликаного неправомірними або аморальними діями потерпілого;

8) вчинення злочину з перевищенням меж крайньої необхідності;

9) виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, поєднане з вчиненням злочину у випадках, передбачених КК України.

При призначенні покарання суд може визнати такими, що його пом'якшують, і інші обставини. Якщо будь-яка з обставин, що пом'якшує покарання, передбачена в статті Особливої частини КК України як ознака злочину, що впливає на його кваліфікацію, суд не може ще раз враховувати її при призначенні покарання як таку, що його пом'якшує.

При призначенні покарання обставинами, які його обтяжують, визнаються:

1) вчинення злочину особою повторно та рецидив злочинів;

2) вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою (частина 2 або 3 ст. 28 КК України);

3) вчинення злочину на ґрунті расової, національної чи релігійної ворожнечі або розбрату;

4) вчинення злочину у зв'язку з виконанням потерпілим службового або громадського обов'язку;

5) тяжкі наслідки, завдані злочином;

6) вчинення злочину щодо малолітнього, особи похилого віку або особи, що перебуває в безпорадному стані;

.7) вчинення злочину щодо жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності;

8) вчинення злочину щодо особи, яка перебуває в матеріальній, службовій чи іншій залежності від винного;

9) вчинення злочину з використанням малолітнього або особи, що страждає психічним захворюванням чи недоумством;

10) вчинення злочину з особливою жорстокістю;

11) вчинення злочину з використанням умов воєнного або надзвичайного стану, інших надзвичайних подій;

12) вчинення злочину загальнонебезпечним способом;

13) вчинення злочину особою, що перебуває у стані алкогольного сп'яніння або у стані, викликаному вживанням наркотичних або інших одурманюючих засобів.

Суд має право, залежно від характеру вчиненого злочину, не визнати будь-яку із зазначених у ч. 1 цієї статті обставин, за винятком обставин, зазначених у пунктах 2, 6, 7, 9, 10, 12, такою, що обтяжує покарання, навівши мотиви свого рішення у вироку. При призначенні покарання суд не може визнати такими, що його обтяжують, обставини, що не зазначені вище. Якщо будь-яка з обставин, що обтяжує покарання, передбачена у статті Особливої частини КК України як ознака злочину, що впливає на його кваліфікацію, суд не може ще раз враховувати її при призначенні покарання як таку, що його обтяжує.

Відповідно до п. 6 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання», наведений у ч. 1 ст. 67 КК України перелік обставин, що обтяжують покарання, є вичерпним, тому суд не вправі посилатись у вироку як на обтяжуючі і враховувати при призначенні покарання інші обставини, не передбачені цією статтею.

При призначенні покарання за незакінчений злочин суд, керуючись положеннями статей 65—67 КК України, враховує ступінь тяжкості вчиненого особою діяння, ступінь здійснення злочинного наміру та причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця. При призначенні покарання співучасникам

злочину суд, керуючись положеннями статей 65—67 КК України, враховує характер та ступінь участі кожного з них у вчиненні злочину.

За наявності декількох обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, з урахуванням особи винного суд, умотивувавши своє рішення, може за особливо тяжкий, тяжкий злочин або злочин середньої тяжкості призначити основне покарання, нижче від найнижчої межі, встановленої в санкції статті Особливої частини КК України, або перейти до іншого, більш м'якого виду основного покарання, не зазначеного в санкції статті за цей злочин. У цьому випадку суд не має права призначити покарання, нижче від найнижчої межі, встановленої для даного виду покарання в Загальній частині КК України.

Слід окремо звернути увагу на Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р., справа № 1-33/2004, за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 69 КК України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) відповідно до якого Конституційний Суд України вважає, що встановлення законодавцем недиференційованого покарання та неможливість його зниження не дозволяє застосовувати покарання до осіб, які вчинили злочини невеликої тяжкості, з урахуванням ступеня тяжкості вчиненого злочину, розміру заподіяних збитків, форми вини і мотивів злочину, майнового стану підсудного та інших істотних обставин, що є порушенням принципу справедливості покарання, його індивідуалізації та домірності.

Виходячи з наведеного, Конституційний Суд України дійшов висновку, що ст. 69 Кодексу не відповідає положенням Конституції України у частині, яка унеможливлює призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, або перехід до іншого, більш м'якого виду основного покарання, не зазначеного в санкції статті за цей злочин, особам, які вчинили злочини невеликої тяжкості.

На підставі викладеного, Конституційний Суд України вирішив:

1. Визнати таким, що не відповідає Конституції України (є неконсти туційним), положення ч. 1 ст. 69 КК України в частині, яка унеможливлює при значення особам, які вчинили злочини невеликої тяжкості, більш м'якого пока рання, ніж передбачено законом.

2. Положення ч. 1 ст. 69 КК України, визнане неконституційним, втрачає чин ність з дня ухвалення Конституційним Судом України цього Рішення.

3. Верховній Раді України привести положення ст. 69 КК України у відповідність з Рішенням Конституційного Суду України.

Отже, підводячи підсумок, слід зазначити, що ефективність кримінального покарання та диференційований підхід до його призначення залежать як від правильного застосування судами норм законодавства, усвідомлення суддями необхідності нових підходів у питаннях призначення покарання, так і від покращання соціально-економічного становища у державі.

7.11. Призначення покарань за сукупністю злочинів та сукупністю вироків. Правила складання покарань та зарахування строку передбаченого ув'язнення. Призначення м'якшого покарання, ніж передбачено законом.

При сукупності злочинів суд, призначивши покарання (основне і додаткове) за кожний злочин окремо, визначає остаточне покарання шляхом поглинення

менш суворого покарання більш суворим або шляхом повного чи часткового складання призначених покарань.

При складанні покарань остаточне покарання за сукупністю злочинів визначається в межах, встановлених санкцією статті Особливої частини КК України, яка передбачає більш суворе покарання. Якщо хоча б один із злочинів є умисним тяжким або особливо тяжким, суд може призначити остаточне покарання за сукупністю злочинів у межах максимального строку, встановленого для даного виду покарання в Загальній частині КК України. Якщо хоча б за один із вчинених злочинів призначено довічне позбавлення волі, то остаточне покарання за сукупністю злочинів визначається шляхом поглинення будь-яких менш суворих покарань довічним позбавленням волі.

До основного покарання, призначеного за сукупністю злочинів, можуть бути приєднані додаткові покарання, призначені судом за злочини, у вчиненні яких особу було визнано винною.

За правилами, вказаними вище, призначається покарання, якщо після винесення вироку у справі буде встановлено, що засуджений винен ще і в іншому злочині, вчиненому ним до винесення попереднього вироку. У цьому випадку в строк покарання, остаточно призначеного за сукупністю злочинів, зараховується покарання, відбуте повністю або частково за попереднім вироком, за правилами, передбаченими у ст. 72 КК України.

Якщо засуджений після винесення вироку, але до повного відбуття покарання вчинив новий злочин, суд до покарання, призначеного за новим вироком, повністю або частково приєднує невідбуту частину покарання за попереднім вироком.

При складанні покарань за сукупністю вироків загальний строк покарання не може перевищувати максимального строку, встановленого для даного виду покарання в Загальній частині КК України. При складанні покарань у виді позбавлення волі загальний строк покарання, остаточно призначеного за сукупністю вироків, не повинен перевищувати 15 років, а у випадку, якщо хоча б один із злочинів є особливо тяжким, загальний строк позбавлення волі може бути більшим п'ятнадцяти років, але не повинен перевищувати 25 років. При складанні покарань у виді довічного позбавлення волі та будь-яких менш суворих покарань загальний строк покарання, остаточно призначеного за сукупністю вироків, визначається шляхом поглинення менш суворих покарань довічним позбавленням волі.

Призначене хоча б за одним із вироків додаткове покарання або невідбута його частина за попереднім вироком підлягає приєднанню до основного покарання, остаточно призначеного за сукупністю вироків. Остаточне покарання за сукупністю вироків має бути більшим від покарання, призначеного за новий злочин, а також від невідбутої частини покарання за попереднім вироком.

Якщо засуджений після винесення вироку, але до повного відбуття покарання вчинив два або більше злочинів, суд призначає покарання за ці нові злочини за правилами, передбаченими у ст. 70 КК України, а потім до остаточного покарання, призначеного за сукупністю злочинів, повністю чи частково приєднує невідбуту частину покарання за попереднім вироком у межах, встановлених у ч. 2 цієї статті.

При складанні покарань за сукупністю злочинів та сукупністю вироків менш суворий вид покарання переводиться в більш суворий виходячи з такого їх співвідношення:

1) одному дню позбавлення волі відповідають:

а) один день тримання у дисциплінарному батальйоні військовослужбовців або арешту;

б) два дні обмеження волі;

в) три дні службового обмеження для військовослужбовців або три дні виправ них робіт;

г) вісім годин громадських робіт;

2) одному дню тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців або арешту відповідають:

а) два дні обмеження волі;

б) три дні службового обмеження для військовослужбовців або три дні виправ них робіт;

3) одному дню обмеження волі відповідають три дні службового обмеження для військовослужбовців або три дні виправних робіт;

4) одному дню обмеження волі або арешту відповідають вісім годин громадських робіт.

При призначенні покарання за сукупністю злочинів або вироків у виді виправних робіт або службових обмежень для військовослужбовців складанню підлягають лише строки цих покарань. Розміри відрахувань із заробітку засудженого складанню не підлягають і обчислюються за кожним вироком самостійно.

Основні покарання у виді штрафу та позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю при призначенні їх за сукупністю злочинів і за сукупністю вироків складанню з іншими видами покарань не підлягають і виконуються самостійно.

Додаткові покарання різних видів у всіх випадках виконуються самостійно.

Попереднє ув'язнення зараховується судом у строк покарання у разі засудження до позбавлення волі день за день або за правилами, передбаченими у ч. 1 ст. 72. При призначенні покарань, не зазначених у ч. 1 ст. 72, суд, враховуючи попереднє ув'язнення, може пом'якшити покарання або повністю звільнити засудженого від його відбування.

Строки покарання обчислюються відповідно в роках, місяцях та годинах. При заміні або складанні покарань, а також у разі зарахування попереднього ув'язнення допускається обчислення строків покарання у днях.

7.12. Звільнення від покарання та його відбуття. Звільнення від покарання з випробувальним строком. Застосування додаткових покарань уразі звільнення від відбування основного покарання з випробуванням. Правові наслідки звільнення від відбування покарання з випробуванням.

Звільнення засудженого від покарання або подальшого його відбування, заміна більш м'яким, а також пом'якшення призначеного покарання, крім звільнення від покарання або пом'якшення покарання на підставі закону України про амністію чи акта про помилування, може застосовуватися тільки судом у випадках, передбачених КК України. Особа, засуджена за діяння, караність якого законом усунена, підлягає негайному звільненню від призначеного судом покарання.

Призначена засудженому міра покарання, що перевищує санкцію нового закону, знижується до максимальної межі покарання, встановленої санкцією нового закону.

Особа, яка вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості, може бути за вироком суду звільнена від покарання, якщо буде визнано, що з урахуванням

бездоганної поведінки і сумлінного ставлення до праці цю особу на час розгляду справи у суді не можна вважати суспільно небезпечною. Особа також може бути за вироком суду звільнена від покарання на підставах, передбачених ст. 49 КК України.

Якщо суд при призначенні покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, а також позбавлення волі на строк не більше п'яти років, враховуючи тяжкість злочину, особу винного та інші обставини справи, дійде висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання, він може прийняти рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням. У цьому разі суд ухвалює звільнити засудженого від відбування призначеного покарання, якщо він протягом визначеного судом випробувального строку не вчинить нового злочину і виконає покладені на нього обов'язки. Випробувальний строк встановлюється судом тривалістю від 1 року до 3 років.

У разі звільнення від відбування покарання з випробуванням суд може покласти на засудженого такі обов'язки:

1) попросити публічно або в іншій формі пробачення у потерпілого;

2) не виїжджати за межі України на постійне проживання без дозволу органу кримінально-виконавчої системи;

3) повідомляти органи кримінально-виконавчої системи про зміну місця проживання, роботи або навчання;

4) періодично з'являтися для реєстрації в органи кримінально-виконавчої системи;

5) пройти курс лікування від алкоголізму, наркоманії або захворювання, що становить небезпеку для здоров'я інших осіб.

Контроль за поведінкою таких засуджених здійснюється органами виконання покарань за місцем проживання засудженого, а щодо засуджених військовослужбовців — командирами військових частин.

У разі звільнення від відбування покарання з випробуванням можуть бути призначені додаткові покарання у виді штрафу, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю та позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу.

Після закінчення іспитового строку засуджений, який виконав покладені на нього обов'язки та не вчинив нового злочину, звільняється судом від призначеного йому покарання. Якщо засуджений не виконує покладені на нього обов'язки або систематично вчинює правопорушення, що потягли за собою адміністративні стягнення і свідчать про його небажання стати на шлях виправлення, суд направляє засудженого для відбування призначеного покарання. У разі вчинення засудженим протягом випробувального строку нового злочину суд призначає йому покарання за правилами, передбаченими у статтях 71, 72 КК України.

У разі призначення покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі вагітним жінкам або жінкам, які мають дітей віком до семи років, крім засуджених до позбавлення волі на строк більше п'яти років за тяжкі і особливо тяжкі злочини, суд може звільнити таких засуджених від відбування як основного, так і додаткового покарання зі встановленням випробувального строку у межах строку, на який, згідно з законом, жінку може бути звільнено від роботи у зв'язку з вагітністю, пологами і до досягнення дитиною семирічного віку.

У разі звільнення від відбування покарання з випробуванням вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до семи років, суд може покласти на засуджену обов'язки, передбачені у ст. 76 КК України. Контроль за поведінкою засуджених здійснюється органами кримінально-виконавчої системи.

Після закінчення іспитового строку суд, залежно від поведінки засудженої, звільняє її від покарання або направляє для відбування покарання, призначеного вироком. У разі, коли звільнена від відбування покарання з випробуванням жінка відмовилася від дитини, передала її в дитячий будинок, зникла з місця проживання, ухиляється від виховання дитини, догляду за нею, не виконує покладених на неї судом обов'язків або систематично вчинює правопорушення, що потягли за собою адміністративні стягнення і свідчать про її небажання стати на шлях виправлення, суд за поданням контролюючого органу направляє засуджену для відбування покарання згідно з вироком суду. Якщо засуджена вчинила в період випробного строку новий злочин, суд призначає їй покарання за правилами, передбаченими у статтях 71 і 72 КК України.

До осіб, що відбувають покарання у виді виправних робіт, службових обмежень для військовослужбовців, обмеження волі, тримання у дисциплінарному батальйоні військовослужбовців або позбавлення волі, може бути застосоване умовно-дострокове звільнення від відбування покарання. Особу може бути умовно-достроково звільнено повністю або частково і від відбування додаткового покарання.

Умовно-дострокове звільнення від відбування покарання може бути застосоване, якщо засуджений сумлінною поведінкою і ставленням до праці довів своє виправлення. Умовно-дострокове звільнення від відбування покарання може бути застосоване після фактичного відбуття засудженим:

1) не менше половини строку покарання, призначеного судом за злочин невеликої або середньої тяжкості, а також за необережний тяжкий злочин;

2) не менше двох третин строку покарання, призначеного судом за умисний тяжкий злочин чи необережний особливо тяжкий злочин, а також у разі, якщо особа раніше відбувала покарання у виді позбавлення волі за умисний злочин і до погашення або зняття судимості знову вчинила умисний злочин, за який вона засуджена до позбавлення волі;

3) не менше трьох чвертей строку покарання, призначеного судом за умисний особливо тяжкий злочин, а також покарання, призначеного особі, яка раніше звільнялася умовно-достроково і знову вчинила умисний злочин протягом невідбутої частини покарання.

У разі вчинення особою, до якої було застосовано умовно-дострокове звільнення від відбування покарання, протягом невідбутої частини покарання нового злочину суд призначає їй покарання за правилами, передбаченими статтями 71 і 72 КК України.

Особам, що відбувають покарання у виді обмеження або позбавлення волі, невідбута частина покарання може бути замінена судом більш м'яким покаранням. У цих випадках більш м'яке покарання призначається в межах строків, установлених у Загальній частині КК України для даного виду покарання, і не повинне перевищувати невідбутого строку покарання, призначеного вироком.

У разі заміни невідбутої частини основного покарання більш м'яким засудженого може бути звільнено також і від додаткового покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю.

Заміна невідбутої частини покарання більш м'яким може бути застосована, якщо засуджений став на шлях виправлення. Заміна невідбутої частини покарання більш м'яким можлива після фактичного відбуття засудженим:

1) не менше третини строку покарання, призначеного судом за злочин невеликої або середньої тяжкості, а також за необережний тяжкий злочин;

2) не менше половини строку покарання, призначеного судом за умисний тяжкий злочин чи необережний особливо тяжкий злочин, а також у разі, коли

особа раніше відбувала покарання у виді позбавлення волі за умисний злочин і до погашення або зняття судимості знову вчинила умисний злочин, за який вона була засуджена до позбавлення волі;

3) не менше двох третин строку покарання, призначеного судом за умисний особливо тяжкий злочин, а також покарання, призначеного особі, яка раніше звільнялася умовно-достроково і вчинила новий умисний злочин протягом невідбутої частини покарання.

До осіб, яким покарання замінене більш м'яким, може бути застосоване умовно-дострокове звільнення за правилами, передбаченими ст. 81 КК України. Якщо особа, відбуваючи більш м'яке покарання, вчинить новий злочин, суд до покарання за знову вчинений злочин приєднує невідбуту частину більш м'якого покарання за правилами, передбаченими у статтях 71 і 72 КК України.

Засуджених до обмеження волі або до позбавлення волі жінок, які стали вагітними або народили дітей під час відбування покарання, крім засуджених до позбавлення волі на строк більше п'яти років за умисні тяжкі та особливо тяжкі злочини, суд може звільнити від відбування покарання в межах строку, на який, жінку, згідно з законом, може бути звільнено від роботи у зв'язку з вагітністю, пологами і до досягнення дитиною трирічного віку.

Звільнення від відбування покарання застосовується до засудженої, яка має сім'ю або родичів, що дали згоду на спільне з нею проживання, або яка має можливість самостійно забезпечити належні умови для виховання дитини. Контроль за поведінкою таких жінок здійснюється органом кримінально-виконавчої системи за місцем проживання.

Після досягнення дитиною трирічного віку або в разі її смерті суд залежно від поведінки засудженої може звільнити її від покарання або замінити його більш м'яким покаранням чи направити засуджену для відбування покарання, призначеного за вироком. У цьому разі суд може повністю або частково зарахувати у строк відбування покарання час, протягом якого засуджена не відбувала покарання.

Якщо засуджена, яка була звільнена від відбування покарання, відмовляється від дитини, передала її у дитячий будинок, зникла з місця проживання або ухиляється від виховання дитини, догляду за нею або систематично вчинює правопорушення, що потягли за собою адміністративні стягнення і свідчать про небажання стати на шлях виправлення, суд може за поданням контролюючого органу направити засуджену для відбування покарання, призначеного за вироком.

Якщо в період звільнення від відбування покарання засуджена вчинила новий злочин, суд призначає їй покарання за правилами, передбаченими у статтях 71 і 72 КК України.

Звільняється від покарання особа, яка під час його відбування захворіла на психічну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними. До такої особи можуть застосовуватися примусові заходи медичного характеру відповідно до статей 92-95 КК України.

Особа, яка після вчинення злочину або постановлення вироку захворіла на іншу тяжку хворобу, що перешкоджає відбуванню покарання, може бути звільнена від покарання або від подальшого його відбування. При вирішенні цього питання суд враховує тяжкість вчиненого злочину, характер захворювання, особу засудженого та інші обставини справи.

Військовослужбовці, засуджені до службового обмеження, арешту або тримання в дисциплінарному батальйоні, в разі визнання їх непридатними до військової служби за станом здоров'я звільняються від покарання.

У разі одужання осіб, зазначених у частинах 1 та 2 ст. 82, вони повинні бути направлені для відбування покарання, якщо не закінчилися строки давності, передбачені статтями 49 або 80 КК України, або відсутні інші підстави для звільнення від покарання. При цьому час, протягом якого до осіб застосовувалися примусові заходи медичного характеру, зараховується у строк покарання за правилами, передбаченими в ч. 5 ст. 72 КК України, а один день позбавлення волі дорівнює одному дню застосування примусових заходів медичного характеру.

7.13. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності та від відбування покарання у зв'язку з закінченням строків давності. Виконання обвинувального вироку. Погашення та зняття судимості. Амністія та помилування.

Особа звільняється від відбування покарання, якщо з дня набрання чинності обвинувальним вироком його не було виконано в такі строки:

1) два роки — у разі засудження до покарання менш суворого, ніж обмеження волі;

2) три роки — у разі засудження до покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі за злочин невеликої тяжкості;

3) п'ять років — у разі засудження до покарання у виді позбавлення волі за злочин середньої тяжкості, а також при засудженні до позбавлення волі на строк не більше п'яти років за тяжкий злочин;

4) десять років — у разі засудження до покарання у виді позбавлення волі на строк понад п'ять років за тяжкий злочин, а також при засудженні до позбавлення волі на строк не більше 10 років за особливо тяжкий злочин;

5) 15 років — у разі засудження до покарання у виді позбавлення волі на строк більше 10 років за особливо тяжкий злочин.

Строки давності щодо додаткових покарань визначаються основним покаранням, призначеним за вироком суду. Перебіг давності зупиняється, якщо засуджений ухиляється від відбування покарання. У цих випадках перебіг давності відновлюється з дня з'явлення засудженого для відбування покарання або з дня його затримання. У цьому разі строки давності, передбачені пунктами 1-3 ст. 80 КК України, подвоюються. Перебіг давності переривається, якщо до закінчення строків, зазначених у частинах 1 та 3 ст. 80 КК України, засуджений вчинить новий середньої тяжкості, тяжкий або особливо тяжкий злочин. Обчислення давності в цьому випадку починається з дня вчинення нового злочину.

Питання про застосування давності до особи, засудженої до довічного позбавлення волі, вирішується судом. Якщо суд не визнає за можливе застосувати давність, довічне позбавлення волі заміняється позбавленням волі. Давність не застосовується у разі засудження за злочини проти миру та безпеки людства, передбачені статтями 437-439 та ч. 1 ст. 442 КК України.

Особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо з дня вчинення нею злочину і до дня набрання вироком законної сили минули такі строки:

1) два роки — у разі вчинення злочину невеликої тяжкості, за який передбачене покарання менш суворе, ніж обмеження волі;

2) три роки — у разі вчинення злочину невеликої тяжкості, за який передбачене покарання у виді обмеження або позбавлення волі;

3) п'ять років — у разі вчинення злочину середньої тяжкості;

4) 10 років — у разі вчинення тяжкого злочину;

5) 15 років — у разі вчинення особливо тяжкого злочину.

Перебіг давності зупиняється, якщо особа, що вчинила злочин, ухилилася від слідства або суду. У цих випадках перебіг давності відновлюється з дня з'явлення особи із зізнанням або її затримання. У цьому разі особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо з часу вчинення злочину минуло 15 років.

Перебіг давності переривається, якщо до закінчення зазначених у частинах 1 та 2 ст. 49 КК України строків особа вчинила новий злочин середньої тяжкості, тяжкий або особливо тяжкий злочин. Обчислення давності в цьому разі починається з дня вчинення нового злочину. При цьому строки давності обчислюються окремо за кожний злочин.

Питання про застосування давності до особи, що вчинила особливо тяжкий злочин, за який, згідно із законом, може бути призначено довічне позбавлення волі, вирішується судом. Якщо суд не визнає за можливе застосувати давність, довічне позбавлення волі не може бути призначено і заміняється позбавленням волі на певний строк. Давність не застосовується у разі вчинення злочинів проти миру та безпеки людства, передбачених у статтях 437—439 і ч. 1 ст. 442 КК України.

Особа, яка вчинила злочин, звільняється від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених КК України, а також на підставі закону України про амністію чи акта помилування. Звільнення від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених КК України, здійснюються виключно судом. Порядок звільнення від кримінальної відповідальності встановлюється законом.

Особа, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона після вчинення злочину щиро покаялася, активно сприяла розкриттю злочину і повністю відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду.

Особа, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона примирилася з потерпілим та відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду.

Особу, яка вперше вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості та щиро покаялася, може бути звільнено від кримінальної відповідальності з передачею її на поруки колективу підприємства, установи чи організації за їхнім клопотанням за умови, що вона протягом року з дня передачі її на поруки виправдає довіру колективу, не ухилятиметься від заходів виховного характеру та не порушуватиме громадського порядку. У разі порушення умов передачі на поруки особа притягається до кримінальної відповідальності за вчинений нею злочин.

Особу, яка вперше вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості, може бути звільнено від кримінальної відповідальності, якщо буде визнано, що на час розслідування або розгляду справи у суді внаслідок зміни обстановки вчинене нею діяння втратило суспільну небезпечність або ця особа перестала бути суспільно небезпечною.

На підставі Закону України «Про амністію» або акта про помилування засуджений може бути повністю або частково звільнений від основного і додаткового покарання, а також засудженому може бути замінено покарання або невідбуту його частину більш м'яким покаранням. Амністія оголошується законом України стосовно певної категорії осіб. Законом про амністію особи, які вчинили злочин, можуть бути повністю або частково звільнені від кримінальної відповідальності чи від покарання. Законом про амністію може бути передбачено заміну засудженому покарання або його невідбутої частини більш м'яким покаранням.

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про амністію», передбачено:

а) повне звільнення зазначених у ньому осіб від кримінальної відповідальності чи від відбування покарання (повна амністія);

б) часткове звільнення зазначених у ньому осіб від відбування призначеного судом покарання (часткова амністія).

Закон про амністію не може передбачати заміну одного покарання іншим чи зняття судимості щодо осіб, які звільняються від відбування покарання. Не допускається застосування амністії:

а) до особливо небезпечних рецидивістів, визнаних такими за вироком суду, що набрав законної сили;

б) до осіб, яким смертну кару в порядку помилування замінено на позбавлен ня волі, і до осіб, яких засуджено до довічного позбавлення волі;

в) до осіб, що мають дві і більше судимості за вчинення тяжких злочинів;

г) до осіб, яких засуджено за особливо небезпечні злочини проти держави, бандитизм, умисне вбивство при обтяжливих обставинах;

ґ) до осіб, яких засуджено за вчинення тяжкого злочину, крім зазначених у пункті «г» цієї статті, і які відбули менше половини призначеного вироком суду основного покарання.

Помилування здійснюється Президентом України стосовно індивідуально визначеної особи. Актом про помилування може бути здійснена заміна засудженому призначеного судом покарання у виді довічного позбавлення волі на позбавлення волі на строк не менше 25 років.

Відповідно до Указу Президента України «Про Положення про здійснення помилування», помилування засуджених здійснюється у виді:

заміни довічного позбавлення волі на позбавлення волі на певний строк;

повного або часткового звільнення від відбування як основного, так і додаткового покарання;

заміни покарання або невідбутої його частини більш м'яким покаранням.

Право клопотати про помилування має особа:

засуджена судом України, яка відбуває покарання або відбула основне покарання в Україні;

засуджена судом іноземної держави і передана для відбування покарання в Україну без умови про незастосування помилування;

засуджена в Україні і передана для відбування покарання іноземній державі, якщо ця держава погодилася визнати і виконати прийняте в Україні рішення про помилування.

Клопотання про помилування може бути подано особою, зазначеною вище, а також її захисником, батьками, дружиною (чоловіком), дітьми, законним представником, громадськими організаціями тощо. Клопотання про помилування може бути подано після набрання вироком законної сили.

Якщо особу засуджено до довічного позбавлення волі, клопотання про її помилування може бути подано після відбуття нею не менше 20 років призначеного покарання.

Підготовку матеріалів до розгляду клопотань про помилування здійснює Служба з питань помилування Кабінету Президента України Секретаріату Президента України (далі — Служба). Служба має право витребувати від суду, органів прокуратури, юстиції, внутрішніх справ, установ та органів, які виконують покарання, місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування матеріали, необхідні для розгляду клопотань про помилування, їхню думку про доцільність застосування помилування, а також доручати їм перевірку окремих питань.

Під час розгляду клопотання про помилування враховуються:

особа засудженого, його поведінка і ставлення до праці до засудження та в установах і органах виконання покарань, ступінь тяжкості вчиненого злочину, строк відбутого покарання, стан відшкодування заподіяних злочином збитків та інші обставини;

думка керівника установи виконання покарань або іншого органу, який виконує покарання, спостережної комісії, служби у справах неповнолітніх, місцевого органу виконавчої влади, органу місцевого самоврядування, громадських організацій, трудових колективів тощо про доцільність помилування.

За результатами попереднього розгляду клопотання про помилування і матеріалів, підготовлених Службою, Комісія вносить Президентові України пропозиції про застосування помилування. Рішення Президента України про помилування засудженого оформляється указом Президента України.

Судимість. Особа визнається такою, що має судимість, з дня набрання законної сили обвинувальним вироком і до погашення або зняття судимості. Судимість має правове значення у разі вчинення нового злочину, а також в інших випадках, передбачених законами України. Особи, засуджені за вироком суду без призначення покарання або звільнені від покарання, чи такі, що відбули покарання за діяння, злочинність і караність якого усунута законом, визнаються такими, що не мають судимості.

Особи, які були реабілітовані, визнаються такими, що не мають судимості.

Такими, що не мають судимості, визнаються:

1) особи, засуджені відповідно до ст. 75 КК України, якщо протягом випробувального строку вони не вчинять нового злочину і якщо протягом зазначеного строку рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням не буде скасоване з інших підстав, передбачених законом. Якщо строк додаткового покарання перевищує тривалість іспитового строку, особа визнається такою, що не має судимості, після відбуття цього додаткового покарання;

2) жінки, засуджені відповідно до ст. 79 КК України, якщо протягом іспитового строку вони не вчинять нового злочину і якщо після закінчення цього строку не буде прийняте рішення про направлення для відбування покарання, призначеного вироком суду. Якщо засуджена не була звільнена від додаткового покарання і його строк перевищує тривалість випробувального строку, то жінка визнається такою, що не має судимості, після відбуття цього додаткового покарання;

3) особи, засуджені до позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю після виконання цього покарання;

4) особи, які відбули покарання у виді службового обмеження для військовослужбовців або тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців чи достроково звільнені від цих покарань, а також військовослужбовці, які відбули покарання на гауптвахті замість арешту;

5) особи, засуджені до штрафу, громадських робіт, виправних робіт або арешту, якщо вони протягом року з дня відбуття покарання (основного та додаткового) не вчинять нового злочину;

6) особи, засуджені до обмеження волі, а також засуджені за злочин невеликої тяжкості до позбавлення волі, якщо вони протягом двох років з дня відбуття покарання (основного та додаткового) не вчинять нового злочину;

7) особи, засуджені до позбавлення волі за злочин середньої тяжкості, якщо вони протягом трьох років з дня відбуття покарання (основного та *додаткового)* не вчинять нового злочину;

8) особи, засуджені до позбавлення волі за тяжкий злочин, якщо вони протягом шести років з дня відбуття покарання (основного та додаткового) не вчинять нового злочину;

9) особи, засуджені до позбавлення волі за особливо тяжкий злочин, якщо вони протягом восьми років з дня відбуття покарання (основного та додаткового) не вчинять нового злочину.

Строки погашення судимості обчислюються з дня відбуття основного і додаткового покарання. До строку погашення судимості зараховується час, протягом якого вирок не було виконано, якщо при цьому давність виконання вироку не переривалася. Якщо вирок не було виконано, судимість погашається по закінченні строків давності виконання вироку. Якщо особу було достроково звільнено від відбування покарання, то строк погашення судимості обчислюється з дня дострокового звільнення її від відбування покарання (основного та додаткового). Якщо невідбуту частину покарання було замінено більш м'яким покаранням, то строк погашення судимості обчислюється з дня відбуття більш м'якого покарання (основного та додаткового). Якщо особа, що відбула покарання, до закінчення строку погашення судимості знову вчинить злочин, перебіг строку погашення судимості переривається і обчислюється заново. У цих випадках строки погашення судимості обчислюються окремо за кожний злочин після фактичного відбуття покарання (основного та додаткового) за останній злочин.

Якщо особа після відбуття покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі зразковою поведінкою і сумлінним ставленням до праці довела своє виправлення, то суд може зняти з неї судимість до закінчення строків, зазначених у ст. 89 КК України. Зняття судимості допускається лише після закінчення не менш як половини строку погашення судимості, зазначеного у ст. 89 КК України.

Порядок зняття судимості встановлюється Кримінально-процесуальним кодексом України.

7.14. Бандитизм та його відмінність від розбою, грабежу і вимагання. Захист у таких справах.

Відповідно до ст. 257 КК України, бандитизмом є організація озброєної банди з метою нападу на підприємства, установи, організації чи на окремих осіб, а також участь у такій банді або у вчинюваному нею нападі.

На відміну від грабіжу, розбою та вимагання (злочинів проти власності), об'єктом злочину є громадська безпека.

Об'єктивна сторона бандитизму включає вчинення трьох альтернативних дій: 1) організація банди; 2) участь у банді; 3) участь у нападі, вчинюваному бандою.

Отже, за умови вчинення грабежу, розбою та вимагання членами банди, таке діяння має кваліфікуватися лише за ст. 257 КК України та додаткової кваліфікації буде потребувати, коли злочини буде вчинено членами банди поза вчинюваними бандою нападами.

Грабежем (ст. 186) вважається відкрите викрадення чужого майна.

Розбоєм (ст. 187) вважається напад з метою заволодіння чужим майном, поєднаний із насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу, або з погрозою застосування такого насильства.

Вимаганням (ст. 189) вважається вимога передачі чужого майна чи права на майно або вчинення будь-яких дій майнового характеру з погрозою насильства над потерпілим чи його близькими родичами, обмеження прав, свобод або законних інтересів цих осіб, пошкодження чи знищення їхнього майна або майна, що

перебуває в їхньому віданні чи під охороною, або розголошення відомостей, які потерпілий чи його близькі родичі бажають зберегти в таємниці.

7.15. Контрабанда. Зайняття забороненими видами господарської діяльності та протидії законній господарській діяльності. Ухилення від повернення виручки в іноземній валюті та незаконне відкриття або використання за межами України валютних рахунків.

Контрабандою (ст. 201) є переміщення товарів через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю, вчинене у великих розмірах, а також незаконне переміщення історичних та культурних цінностей, отруйних, сильнодіючих, радіоактивних або вибухових речовин, зброї та боєприпасів (крім гладкоствольної мисливської зброї та бойових припасів до неї), а так само контрабанда стратегічно важливих сировинних товарів, щодо яких законодавством встановлено відповідні правила вивезення за межі України.

Окремими кваліфікуючими ознаками є ті самі дії, вчинені за попередньою змовою групою осіб або особою, раніше судимою за такий самий злочин.

Примітка. Контрабанда товарів вважається вчиненою у великих розмірах, якщо їх вартість у тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Порушенням порядку зайняття господарською та банківською діяльністю (ст. 202) є здійснення без державної реєстрації, як суб'єкта підприємницької діяльності, що містить ознаки підприємницької та яка підлягає ліцензуванню, або здійснення без одержання ліцензії видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню відповідно до законодавства, чи здійснення таких видів господарської діяльності з порушенням умов ліцензування, якщо це було пов'язано з отриманням доходу у великих розмірах, а також здійснення банківської діяльності або банківських операцій, а також професійної діяльності на ринку цінних паперів, операцій небанківських фінансових установ без державної реєстрації або без спеціального дозволу (ліцензії), одержання якого передбачено законодавством, або з порушенням умов ліцензування, якщо це було пов'язано з отриманням доходу у великих розмірах

Примітка. Отримання доходу у великому розмірі має місце, коли його сума у тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Зайняттям забороненими видами господарської діяльності (ст. 203) є зайняття видами господарської діяльності, щодо яких є спеціальна заборона, встановлена законом, крім випадків, передбачених іншими статтями КК України.

Ті самі дії, якщо вони були пов'язані з отриманням доходу у великих розмірах або якщо вони були вчинені особою, раніше судимою за зайняття забороненими видами господарської діяльності є кваліфікованими видами данного злочину.

Примітка. Отримання доходу у великому розмірі має місце, коли його сума у тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Протидією законній господарській діяльності (ст. 206) вважається протидія законній господарській діяльності, тобто протиправна вимога припинити займатися господарською діяльністю чи обмежити її, укласти угоду або не виконувати укладену угоду, виконання (невиконання) якої може заподіяти матеріальної шкоди або обмежити законні права чи інтереси того, хто займається господарською діяльністю, поєднана з погрозою насильства над потерпілим або близькими йому

особами, пошкодження чи знищення їхнього майна за відсутності ознак вимагання.

Кваліфікуючими видами даного злочину є ті самі дії, вчинені повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або з погрозою вбивства чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, або поєднані з насильством, що не є небезпечним для життя і здоров'я, або з пошкодженням чи знищенням майна, а також протидія законній господарській діяльності, вчинена організованою групою, або службовою особою з використанням службового становища, або поєднана з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я, або така, що заподіяла велику шкоду чи спричинила інші тяжкі наслідки.

Примітка. Матеріальна шкода вважається великою, якщо вона у п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Ухиленням від повернення виручки в іноземній валюті (ст. 207) є умисне ухилення службових осіб підприємств, установ та організацій незалежно від форми власності або осіб, які здійснюють господарську діяльність без створення юридичної особи, від повернення в Україну у передбачені законом строки виручки в іноземній валюті від реалізації на експорт товарів (робіт, послуг), або інших матеріальних цінностей, отриманих від цієї виручки, а також умисне приховування будь-яким способом такої виручки, товарів або інших матеріальних цінностей.

Окремими кваліфікованими видами злочину є ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, а також умисне ухилення від повернення виручки в іноземній валюті, товарів або інших матеріальних цінностей, отриманих від цієї виручки, або умисне приховування будь-яким способом такої виручки, товарів або інших матеріальних цінностей у великих розмірах або в особливо великих розмірах.

Примітка. Ухилення від повернення виручки в іноземній валюті, товарів або інших матеріальних цінностей, отриманих від цієї виручки, чи приховування будь-яким способом такої виручки, товарів або інших матеріальних цінностей визнаються вчиненими у великому розмірі, якщо ця виручка, товари або інші матеріальні цінності в тисячу і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян та в особливо великому розмірі, якщо ця виручка, товари або інші матеріальні цінності у три тисячі і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян (у перерахунку у валюту України за офіційним курсом національної валюти, визначеним Національним банком України, на останній день строку, передбаченого законодавством для перерахування виручки в іноземній валюті з-за кордону).

7.16. Кваліфікуючі ознаки злочинів проти власності: крадіжка, грабіж, розбій, вимагання, шахрайство та розмежування між ними.

Крадіжкою (ст. 185 КК України) вважається таємне викрадення чужого майна. Кваліфікуючими ознаками даного злочину є:

—вчинення крадіжки повторно або за попередньою змовою групою осіб;

—вчинення крадіжки, поєднане з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище або що завдала значної шкоди потерпілому;

—вчинення крадіжки у великих розмірах;

— вчинення крадіжки в особливо великих розмірах або організованою групою;

Грабежем (ст. 186КК України) вважається відкрите викрадення чужого майна. Кваліфікуючими ознаками даного злочину є:

—вчинення грабежу, поєднаного з насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або з погрозою застосування такого насильства, або вчинений повторно, або за попередньою змовою групою осіб;

—вчинення грабежу, поєднаного з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище або такого, що завдав значної шкоди потерпілому;

—вчинення грабежу у великих розмірах;

вчинення грабежу в особливо великих розмірах або організованою групою.

Розбоєм (ст. 187 КК України) вважається напад з метою заволодіння чужим майном, поєднаний із насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу, або з погрозою застосування такого насильства. Кваліфікуючими ознаками даного злочину є:

—розбій, вчинений за попередньою змовою групою осіб, або особою, яка раніше вчинила розбій або бандитизм;

—розбій, поєднаний з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище;

—розбій,'спрямований на заволодіння майном у великих чи особливо великих розмірах або вчинений організованою групою, або поєднаний із заподіянням тяжких тілесних ушкоджень.

Вимаганням (ст. 189 КК України) вважається вимога передачі чужого майна чи права на майно або вчинення будь-яких дій майнового характеру з погрозою насильства над потерпілим чи його близькими родичами, обмеження прав, свобод або законних інтересів цих осіб, пошкодження чи знищення їхнього майна або майна, що перебуває в їхньому віданні чи під охороною, або розголошення відомостей, які потерпілий чи його близькі родичі бажають зберегти в таємниці. Кваліфікуючими ознаками даного злочину є:

—вимагання, вчинене повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або службовою особою з використанням свого службового становища, або з погрозою вбивства чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, або з пошкодженням чи знищенням майна, або таке, що завдало значної шкоди потерпілому;

—вимагання, поєднане з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, або таке, що завдало майнової шкоди у великих розмірах;

—вимагання, що завдало майнової шкоди в особливо великих розмірах, або вчинене організованою групою, або поєднане із заподіянням тяжкого тілесного ушкодження.

Шахрайством (ст. 190 КК України) вважається заволодіння чужим майном або придбання права на майно шляхом обману чи зловживання довірою. Кваліфікуючими ознаками даного злочину є:

—шахрайство, вчинене повторно або за попередньою змовою групою осіб, або таке, що завдало значної шкоди потерпілому;

—шахрайство, вчинене у великих розмірах або шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки;

—шахрайство, вчинене в особливо великих розмірах або організованою групою.

Для вказаних вище злочинів повторним визнається злочин, вчинений особою, яка раніше вчинила будь-який із злочинів, передбачених цими статтями або статтями 187, 262 КК України. Значна шкода визнається із урахуванням матеріального становища потерпілого та якщо йому спричинені збитки на суму від 100 до 250 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. У великих розмірах визнається злочин, що вчинений однією особою чи групою осіб на суму, яка у

двісті п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян на момент вчинення злочину. В особливо великих розмірах визнається злочин, що вчинений однією особою чи групою осіб на суму, яка в шістсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян на момент вчинення злочину.

7.17. Навмисне вбивство. Замах на вбивство та погроза вбивством.

Відповідно до ст. 115 КК України, умисним убивством є умисне протиправне заподіяння смерті іншій людині.

Кваліфікуючими ознаками даного злочину є умисне вбивство:

1) двох або більше осіб;
2) малолітньої дитини або жінки, яка завідомо для винного перебувала у стані вагітності;
3) заручника;
4) вчинене з особливою жорстокістю;
5) вчинене способом, небезпечним для життя багатьох осіб;
6) з корисливих мотивів;
7) з хуліганських мотивів;
8) особи чи її близького родича у зв'язку з виконанням цією особою службового або громадського обов'язку;
9) з метою приховати інший злочин або полегшити його вчинення;
10) поєднане із зґвалтуванням або насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом;
11) вчинене на замовлення;
12) вчинене за попередньою змовою групою осіб;
13) вчинене особою, яка раніше вчинила умисне вбивство, за винятком вбивства, передбаченого статтями 116-118 КК України.

Різновидом умисного вбивства є *умисне вбивство, вчинене у стані сильного душевного хвилювання (ст. 116 КК України),* що раптово виникло внаслідок протизаконного насильства, систематичного знущання або тяжкої образи з боку потерпілого; *умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини (ст. 117 КК України)* під час пологів або відразу після пологів, а також *умисне вбивство, вчинене при перевищенні меж необхідної оборони (ст. 118 КК України),* а також у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця.

Погрозою вбивством (ст. 129 КК України) вважається погроза заподіяння смерті іншій особі, якщо були реальні підстави побоюватися здійснення цієї погрози.

7.18. Ухилення від сплати податків, зборів та інших обов'язкових платежів. Фіктивне банкрутство та шахрайство з фінансовими ресурсами.

Ухиленням від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів (ст. 212 КК України) є умисне ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, що входять у систему оподаткування, введених у встановленому законом порядку, вчинене службовою особою підприємства, установи, організації, незалежно від форми власності або особою, що займається підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи чи будь-якою іншою особою, яка зо-

бов'язана їх сплачувати, якщо ці діяння призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів у значних розмірах.

Кваліфікуючими ознаками даного злочину є ті самі діяння, вчинені за попередньою змовою групою осіб, або якщо вони призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів у великих розмірах, а також ті ж діяння, вчинені особою, раніше судимою за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, або якщо вони призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів в особливо великих розмірах.

Особа, яка вперше вчинила таке діяння, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо.вона до притягнення до кримінальної відповідальності сплатила податки, збори (обов'язкові платежі), а також відшкодувала шкоду, завдану державі їх несвоєчасною сплатою (фінансові санкції, пеня).

Ухиленням від сплати страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування (ст. 212-1) є умисне ухилення від сплати страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, вчинене службовою особою підприємства, установи, організації, незалежно від форми власності, або особою, що займається підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи, чи будь-якою іншою особою, яка зобов'язана їх сплачувати, якщо вони діяння призвели до фактичного ненадходження до Пенсійного фонду України коштів у значних розмірах.

Кваліфікуючими ознаками даного злочину є ті самі діяння, вчинені за попередньою змовою групою осіб, або якщо вони призвели до фактичного ненадходження до Пенсійного фонду України коштів у великих розмірах, а також є ті діяння, вчинені особою, раніше судимою за ухилення від сплати страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування, або якщо вони призвели до фактичного ненадходження до Пенсійного фонду України коштів в особливо великих розмірах.

Під значними розмірами коштів слід розуміти суми податків, зборів і інших обов'язкових платежів, які у тисячу і більше разів перевищують установлений законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян; під великим розміром коштів слід розуміти суми податків, зборів і інших обов'язкових платежів, які в три тисячі і більше разів перевищують установлений законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян; під особливо великим розміром коштів слід розуміти суми податків, зборів, інших обов'язкових платежів, які в п'ять тисяч і більше разів перевищують установлений законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Фіктивним банкрутством (ст. 218 ККУкраїни) є завідомо неправдива офіційна заява громадянина — засновника або власника суб'єкта господарської діяльності, а також службової особи суб'єкта господарської діяльності, а так само громадянина — суб'єкта підприємницької діяльності фінансову неспроможність виконання вимог з боку кредиторів і зобов'язань перед бюджетом, якщо такі дії завдали великої матеріальної шкоди кредиторам або державі.

Матеріальна шкода вважається великою, якщо вона у п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Доведенням до банкрутства (ст. 219 КК України) вважається, умисне, з корисливих мотивів, іншої особистої зацікавленості або в інтересах третіх осіб учинення власником або службовою особою суб'єкта господарської діяльності дій, що призвели до стійкої фінансової неспроможності суб'єкта господарської діяльності, якщо це завдало великої матеріальної шкоди державі чи кредитору.

Шахрайством з фінансовими ресурсами (ст. 222 КК України) є надання громадянином-підприємцем або засновником чи власником суб'єкта господарської діяльності, а також службовою особою суб'єкта господарської діяльності завідомо неправдивої інформації органам державної влади, органам влади Автономної Республіки Крим чи органам місцевого самоврядування, банкам або іншим кредиторам з метою одержання субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів чи пільг щодо податків у разі відсутності ознак злочину проти власності.

7.19. Зловживання владою або службовим становищем. Поняття службової особи. Службова діяльність.

Зловживанням владою або службовим становищем (ст. 364 КК України) є умисне, з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах або в інтересах третіх осіб, використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби, якщо воно заподіяло істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб.

Кваліфікуючими ознаками даного злочину є те саме діяння, якщо воно спричинило тяжкі наслідки, а також якщо воно вчинено працівником правоохоронного органу.

Службовими особами є особи, які постійно чи тимчасово здійснюють функції представників влади, а також обіймають постійно чи тимчасово на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форми власності посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або виконують такі обов'язки за спеціальним повноваженням. Службовими особами також визнаються іноземці або особи без громадянства, які виконують зазначені обов'язки.

Тяжкими є наслідки, якщо вони полягають у заподіянні матеріальних збитків, які у двісті п'ятдесят і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Перевищення влади або службових повноважень (ст. 365 КК України), є умисне вчинення службовою особою дій, які явно виходять за межі наданих їй прав чи повноважень, якщо вони заподіяли істотну шкоду охоронюваним законом правам та інтересам окремих громадян, або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб.

Кваліфікуючими ознаками даного злочину є перевищення влади або службових повноважень, якщо воно супроводжувалося насильством, застосуванням зброї або болісними і такими, що ображають особисту гідність потерпілого діями, а також, якщо вони спричинили тяжкі наслідки.

7.20. Відповідальність за хабарництво. Одержання та давання хабара. Вимагання та провокація хабара. Захисту справах про хабарництво.

Одержанням хабара (ст. 368 КК України) є одержання службовою особою в будь-якому вигляді хабара за виконання чи невиконання в інтересах того, хто дає хабара, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища.

Кваліфікуючими ознаками даного злочину є одержання хабара у великому розмірі або службовою особою, яка займає відповідальне становище, або за попе-

редньою змовою групою осіб, або повторно, або поєднане з вимаганням хабара, та одержання хабара в особливо великому розмірі або службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище.

Хабарем у великому розмірі вважається такий, що у двісті і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, в особливо великому — такий, що у п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Службовими особами, які займають відповідальне становище, є особи, зазначені у п. 1 примітки до ст. 364 КК України, посади яких згідно зі ст. 25 Закону України «Про державну службу», віднесені до третьої, четвертої, п'ятої та шостої категорій, а також судді, прокурори і слідчі, керівники, заступники керівників органів державної влади та управління, органів місцевого самоврядування, їх структурних підрозділів та одиниць. Службовими особами, які займають особливо відповідальне становище, є особи, зазначені в ч. 1 ст. 9 Закону України «Про державну службу», та особи, посади яких згідно із ст. 25 цього Закону віднесені до першої та другої категорій.

Вимаганням хабара визнається вимагання службовою особою хабара з погрозою вчинення або невчинення з використанням влади чи службового становища дій, які можуть заподіяти шкоду правам чи законним інтересам того, хто дає хабара, або умисне створення службовою особою умов, за яких особа вимушена дати хабара з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів.

Кримінальним злочином є також *давання хабара (ст. 369 КК України).*

Кваліфікуючими ознаками даного злочину є давання хабара, вчинене повторно.

Особа, яка дала хабар, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо стосовно неї мало місце вимагання хабара або якщо після давання хабара вона добровільно заявила про те, що сталося, до порушення кримінальної справи щодо неї органу, наділеному законом правом на порушення кримінальної справи.

Провокацією хабара (ст. 370 КК України) є свідоме створення службовою особою обставин і умов, що зумовлюють пропонування або одержання хабара, щоб потім викрити того, хто дав або взяв хабара.

Кваліфікуючими ознаками даного злочину є те саме діяння, вчинене службовою особою правоохоронних органів.

7.21. Відповідальність за злочини проти правосуддя. Порушення права на захист. Розголошення даних судового слідства або дізнання.

Кримінальними злочинами проти правосуддя є:

1) притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності слідчим, прокурором чи іншою уповноваженою на те законом особою (ст. 372);

2) примушування давати показання при допиті шляхом незаконних дій з боку особи, яка проводить дізнання або досудове слідство (ст. 373);

3) втручання в будь-якій формі в діяльність судді з метою перешкодити виконанню ним службових обов'язків або добитися винесення неправосудного рішення (ст. 376);

4) умисне знищення або пошкодження майна, що належить судді, народному засідателю чи присяжному або їх близьким родичам, у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя (ст. 378);

5) вбивство або замах на вбивство судді, народного засідателя чи присяжного або їх близьких родичів у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя (ст. 379);

6) неприйняття рішення, несвоєчасне прийняття або прийняття недостатньо обґрунтованих рішень, а також невжиття, несвоєчасне вжиття достатніх заходів для безпеки працівників суду, правоохоронних органів або осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів їхніх сімей та їхніх близьких родичів службовою особою органу, на який покладено функції забезпечення безпеки зазначених осіб, якщо ці дії спричинили тяжкі наслідки (ст. 380);

7) розголошення відомостей про заходи безпеки щодо особи, взятої під захист, службовою особою, якою прийнято рішення про ці заходи, особою, яка їх здійснює, або службовою особою, якій ці рішення стали відомі у зв'язку з її службовим становищем, а так само особою, взятою під захист, якщо ці дії спричинили шкоду здоров'ю особи, взятої під захист (ст. 381);

8) постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови (ст. 375).

9) завідомо незаконний арешт, тримання під вартою, затримання або незаконний привід (ст. 371);

10) завідомо неправдиве повідомлення суду, прокурору, слідчому або органу дізнання про вчинення злочину (ст. 383);

11) вбивство або замах на вбивство захисника чи представника особи або їх близьких родичів у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги (ст. 400);

12) ухилення від сплати штрафу або позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю особою, засудженою до цих видів покарань, та ухилення від відбування громадських чи виправних робіт особою, засудженою до цього покарання (ст. 389);

13) злісна непокора законним вимогам адміністрації виправної установи або інша протидія адміністрації у законному здійсненні її функцій особою, яка відбуває покарання у виді обмеження волі або у виді позбавлення волі, якщо ця особа за порушення вимог режиму відбування покарання була піддана протягом року стягненню у виді переведення до приміщення камерного типу (одиночної камери) або переводилась на більш суворий режим відбування покарання (ст. 391);

14) тероризування у виправних установах засуджених або напад на адміністрацію, а також організація з цією метою організованої групи або активна участь у такій групі, вчинені особами, які відбувають покарання у виді позбавлення волі чи у виді обмеження волі (ст. 392);

15) втеча з місця позбавлення волі або з-під варти, вчинена особою, яка відбуває покарання у виді позбавлення волі або арешту чи перебуває в попередньому ув'язненні (ст. 393);

16) втеча із спеціалізованого лікувального закладу, а також по дорозі до нього (ст. 394);

17) самовільне залишення особою місця проживання з метою ухилення від адміністративного нагляду, а також неприбуття без поважних причин у визначений строк до обраного місця проживання особи, щодо якої встановлено адміністративний нагляд у разі звільнення з місць позбавлення волі (ст. 395);

18) заздалегідь не обіцяне приховування тяжкого чи особливо тяжкого злочину (ст. 396);

19) вчинення в будь-якій формі перешкод до здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги або

порушення встановлених законом гарантій їх діяльності та професійної таємниці (ст. 397);

20) перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта до суду, органів досудового слідства, тимчасових слідчих та тимчасових спеціальних комісій Верховної Ради України чи дізнання, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку, а також до давання завідомо неправдивих показань чи висновку шляхом погрози вбивством, насильством, знищенням майна цих осіб чи їх близьких родичів або розголошення відомостей, що їх ганьблять, або підкуп свідка, потерпілого чи експерта з тією самою метою, а також погроза вчинити зазначені дії з помсти за раніше дані показання чи висновок (ст. 386);

21) завідомо неправдиве показання свідка чи потерпілого або завідомо неправдивий висновок експерта під час провадження дізнання, досудового слідства, здійснення виконавчого провадження або проведення розслідування тимчасовою слідчою чи тимчасовою спеціальною комісією Верховної Ради України або в суді, а також завідомо неправильний переклад, зроблений перекладачем у таких самих випадках (ст. 384);

22) розтрата, відчуження, приховування, підміна, пошкодження, знищення майна або інші незаконні дії з майном, на яке накладено арешт або яке описано, чи порушення обмеження права користуватися таким майном, здійснене особою, якій це майно ввірено, а також здійснення представником банківської або іншої фінансової установи банківських операцій з коштами (вкладами), на які накладено арешт (ст. 388);

23) порушення права на захист у формі недопущення чи ненадання своєчасно захисника, а також інше грубе порушення права підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист, вчинене особою, яка провадить дізнання, слідчим, прокурором або суддею (ст. 374);

24) погроза або насильство щодо судді, народного засідателя чи присяжного (ст. 377);

25) умисне невиконання службовою особою вироку, рішення, ухвали, постанови суду, що набрали законної сили, або перешкоджання їх виконанню (ст. 382);

26) відмова свідка від давання показань або відмова експерта чи перекладача без поважних причин від виконання покладених на них обов'язків у суді або під час провадження досудового слідства, здійснення виконавчого провадження, розслідування тимчасовою слідчою чи тимчасовою спеціальною комісією Верховної Ради України чи дізнання (ст. 385);

27) розголошення без дозволу прокурора, слідчого або особи, яка провадила дізнання чи досудове слідство, даних досудового слідства чи дізнання особою, попередженою в установленому законом порядку про обов'язок не розголошувати такі дані, а також ті ж діяння, вчинені суддею, прокурором, слідчим, працівником органу дізнання, оперативно-розшукового органу незалежно від того, чи брала ця особа безпосередньо участь у досудовому слідстві чи дізнанні, якщо розголошені дані ганьблять людину, принижують її честь і гідність (ст. 387).

7.22. Військові злочини. Захист у справах про військові злочини.

Військовими злочинами визнаються передбачені відповідним розділом КК України злочини проти встановленого законодавством порядку несення або проходження військової служби, вчинені військовослужбовцями, а також військовозобов'язаними під час проходження ними навчальних (чи перевірних) або спеціальних зборів.

За відповідними статтями КК України несуть відповідальність військовослужбовці Збройних Сил України, Служби безпеки України, Державної прикордонної служби України, внутрішніх військ Міністерства внутрішніх справ України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України, а також інші особи, визначені законом. Особи, не зазначені у ст. 401, за співучасть у військових злочинах підлягають відповідальності за відповідними статтями.

Особа, яка вчинила злочин може бути звільнена від кримінальної відповідальності згідно зі ст. 44 КК України із застосуванням до неї заходів, передбачених Дисциплінарним статутом Збройних Сил України.

Військовими злочинами є:

1) непокора (ст. 402), тобто відкрита відмова виконати наказ начальника, а також інше умисне невиконання наказу;

2) опір начальникові, а також іншій особі, яка виконує покладені на неї обов'язки з військової служби, або примушування їх до порушення цих обов'язків (ст. 404);

3) погроза вбивством або заподіянням тілесних ушкоджень чи побоїв начальникові або знищенням чи пошкодженням його майна у зв'язку з виконанням ним обов'язків з військової служби (ст. 405);

4) порушення статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями за відсутності між ними відносин підлеглості, що виявилося в завданні побоїв чи вчиненні іншого насильства (ст. 406);

5) самовільне залишення військової частини або місця служби військовослужбовцем строкової служби, а також нез'явлення його вчасно без поважних причин на службу у разі звільнення з частини, призначення або переведення, нез'явлення з відрядження, відпустки або з лікувального закладу (ст. 407);

6) дезертирство, тобто самовільне залишення військової частини або місця служби з метою ухилитися від військової служби, а також нез'явлення з тією самою метою на службу у разі призначення, переведення, з відрядження, відпустки або з лікувального закладу (ст. 408);

7) ухилення військовослужбовця від несення обов'язків військової служби шляхом самокалічення або шляхом симуляції хвороби, підроблення документів чи іншого обману (ст. 409);

8) викрадення, привласнення, вимагання військовослужбовцем зброї, бойових припасів, вибухових або інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна або заволодіння ними шляхом шахрайства (ст. 410);

9) умисне знищення або пошкодження зброї, бойових припасів, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна (ст. 411);

10) необережне знищення або пошкодження зброї, бойових припасів, засобів пересування, військової і спеціальної техніки чи іншого військового майна, що заподіяло шкоду у великих розмірах (ст. 412);

11) продаж, застава, передача в користування військовослужбовцем строкової служби виданих йому для особистого користування предметів обмундирування або спорядження (марнотратство), а також втрата або зіпсування цих предметів внаслідок порушення правил їх зберігання (ст. 413);

12) порушення правил поводження із зброєю, а також із боєприпасами, вибуховими, радіоактивними та іншими речовинами і предметами, що становлять підвищену небезпеку для оточення, якщо це заподіяло потерпілому тілесні ушкодження (ст. 414);

13) порушення правил водіння або експлуатації бойової, спеціальної чи транспортної машини, що спричинило потерпілому середньої тяжкості чи тяжкі тілесні ушкодження або загибель потерпілого (ст. 415);

14) порушення правил польотів або підготовки до них, а також порушення правил експлуатації літальних апаратів, що спричинило катастрофу або інші тяжкі наслідки (ст. 416);

15) порушення правил кораблеводіння, що спричинило загибель людей, загибель корабля або інші тяжкі наслідки (ст. 417);

16) порушення статутних правил вартової (вахтової) служби чи патрулювання, що спричинило тяжкі наслідки, для запобігання яким призначено дану варту (вахту) чи патрулювання (ст. 418);

17) порушення статутних правил несення прикордонної служби особою, яка входить до складу наряду з охорони державного кордону України (ст. 419);

18) порушення статутних правил несення бойового чергування (бойової служби), встановлених для своєчасного виявлення і відбиття раптового нападу на Україну або для захисту та безпеки України (ст. 420);

19) порушення особою, яка входить у добовий наряд частини (крім варти і вахти), статутних правил внутрішньої служби, якщо воно спричинило тяжкі наслідки, запобігання яким входило до обов'язків даної особи (ст. 421);

20) розголошення відомостей військового характеру, що становлять державну таємницю, за відсутності ознак державної зради, а також втрата документів або матеріалів, що містять відомості військового характеру, які становлять державну таємницю, предметів, відомості про які становлять державну таємницю, особою, якій вони були довірені, якщо втрата стала результатом порушення встановлених правил поводження із зазначеними документами, матеріалами або предметами (ст. 422);

21) незаконне використання військовою службовою особою транспортних засобів, споруд чи іншого військового майна, а також незаконне використання підлеглого для особистих послуг чи послуг іншим особам, а також інше зловживання владою або службовим становищем, вчинене з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах або в інтересах третіх осіб, якщо таке діяння заподіяло істотну шкоду (ст. 423);

22) перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень, тобто умисне вчинення дій, які явно виходять за межі наданих цій особі прав чи повноважень, крім передбачених ч. 2 цієї статті, якщо ці дії заподіяли істотну шкоду, застосування нестатутних заходів впливу щодо підлеглого або перевищення дисциплінарної влади, якщо ці дії заподіяли істотну шкоду, а також застосування насильства щодо підлеглого (ст. 424);

23) недбале ставлення військової службової особи до служби, якщо це заподіяло істотну шкоду (ст. 425);

24) умисне неприпинення злочину, що вчиняється підлеглим, або непорушення військовою службовою особою, яка є органом дізнання, кримінальної справи щодо підлеглого, який вчинив злочин, а також інше умисне невиконання військовою службовою особою дій, які вона за своїми службовими обов'язками повинна була виконати, якщо це заподіяло істотну шкоду (ст. 426);

25) здача ворогові начальником ввірених йому військових сил, а також не зумовлене бойовою обстановкою залишення ворогові укріплень, бойової та спеціальної техніки чи інших засобів ведення війни, якщо зазначені дії вчинені не з метою сприяння ворогові (ст. 427);

26) залишення гинучого військового корабля командиром, який не виконав до кінця своїх службових обов'язків, а також особою із складу команди корабля без належного на те розпорядження командира (ст. 428);

27) самовільне залишення поля бою під час бою або відмова під час бою діяти зброєю (ст. 429);

28) добровільна здача в полон через боягузтво або легкодухість (ст. 430);

29) злочинні дії військовослужбовця, який перебуває в полоні (ст. 431);

30) викрадення на полі бою речей, що знаходяться при вбитих чи поранених (мародерство) (ст. 432);

31) насильство, протизаконне знищення майна, а також протизаконне відібрання майна під приводом воєнної необхідності, вчинювані щодо населення в районі воєнних дій, а також розбій, вчинюваний щодо населення в районі воєнних дій (ст. 433);

32) погане поводження з військовополоненими, яке мало місце неодноразово, або пов'язане з особливою жорстокістю, або спрямоване проти хворих і поранених, а також недбале виконання обов'язків щодо хворих і поранених особами, на яких покладено їх лікування і піклування про них, за відсутності ознак більш тяжкого злочину (ст. 434);

33) носіння в районі воєнних дій символіки Червоного Хреста або Червоного Півмісяця особами, які не мають на те права, а також зловживання в умовах воєнного стану прапорами чи знаками Червоного Хреста і Червоного Півмісяця або пофарбуванням, присвоєним санітарно-транспортним засобам (ст. 435).

Кваліфікуючими ознаками даних злочинів є ті самі діяння, якщо вони вчинені групою осіб або спричинили тяжкі наслідки, а також вчинення в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці.

Під військовими службовими особами розуміються військові начальники, а також інші військовослужбовці, які обіймають постійно чи тимчасово посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських обов'язків, або виконують такі обов'язки за спеціальним дорученням повноважного командування.

8 | Кримінально-процесуальне законодавство

8.1. Участь адвоката на попередньому слідстві, його права та обов'язки. Випадки обов'язкової участі адвоката на попередньому слідстві. Відмова від адвоката і його заміна. Обставини, що виключають участь адвоката у справі. Відсторонення адвоката. Відмова адвоката від виконання своїх обов'язків у справі.

Стаття 21 КПК України гарантує кожному підозрюваному, обвинуваченому і підсудному право на захист. Особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор, суддя і суд зобов'язані до першого допиту підозрюваного, обвинуваченого і підсудного роз'ясняти їм право мати захисника і скласти про це протокол, а також надати підозрюваному, обвинуваченому і підсудному можливість захищатися встановленими законом засобами від пред'явленого обвинувачення та забезпечити охорону їх особистих і майнових прав.

Ця стаття передбачає, що адвокат має забезпечувати реалізацію основних принципів і гарантій.

Однією з таких гарантій, реалізацію яких має забезпечувати адвокат, є вимога до прокурора, слідчого і особи, яка провадить дізнання, вживати всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи, виявити ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують і обтяжують його відповідальність. Суд, прокурор, слідчий і особа, яка провадить дізнання, не вправі перекладати обов'язок доказування на обвинуваченого. Забороняється домагатися показань обвинуваченого та інших осіб, які беруть участь у справі, шляхом насильства, погроз та інших незаконних заходів.

Згідно зі ст. 44 КПК України, **захисником** є особа, яка в порядку, встановленому законом, уповноважена здійснювати захист прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого та надання їм необхідної юридичної допомоги при провадженні у кримінальній справі. Як захисники допускаються особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю в Україні та інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи. У випадках і в порядку, передбачених цим Кодексом, як захисники допус-

каються близькі родичі обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, його опікуни або піклувальники.

Повноваження захисника на участь у справі стверджується:

1) адвоката — ордером відповідного адвокатського об'єднання;

2) адвоката, який не є членом адвокатського об'єднання, — угодою, інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи або дорученням юридичної особи, — угодою або дорученням юридичної особи;

3) близьких родичів, опікунів або піклувальників — заявою обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого про їх допуск до участі у справі як захисників.

Захисник допускається до участі у справі в будь-якій стадії процесу. Близькі родичі обвинуваченого, його опікуни або піклувальники в якості захисників допускаються до участі у справі з моменту пред'явлення обвинуваченому для ознайомлення матеріалів досудового слідства. У випадках, коли відповідно до вимог Кодексу участь захисника є обов'язковою, близькі родичі обвинуваченого, його опікуни або піклувальники в якості захисників можуть брати участь у справі лише одночасно з захисником — адвокатом чи іншим фахівцем у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи.

Про допуск захисника до участі у справі особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор, суддя виносять постанову, а суд — ухвалу.

Участь захисника при провадженні дізнання, досудового слідства і в розгляді кримінальної справи у суді першої інстанції є обов'язковою:

1) у справах осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочину у віці до 18 років, — з моменту визнання особи підозрюваною чи пред'явлення їй обвинувачення;

2) у справах про злочини осіб, які через свої фізичні або психічні вади (німі, глухі, сліпі тощо) не можуть самі реалізувати своє право на захист, — з моменту затримання особи чи пред'явлення їй обвинувачення або з моменту встановлення цих вад;

3) у справах осіб, які не володіють мовою, якою ведеться судочинство — з моменту затримання особи чи пред'явлення їй обвинувачення;

4) коли санкція статті, за якою кваліфікується злочин, передбачає довічне ув'язнення — з моменту затримання особи чи пред'явлення їй обвинувачення;

5) при провадженні справи про застосування примусових заходів медичного характеру — з моменту встановлення факту наявності у особи душевної хвороби:

6) при провадженні справи про застосування примусових заходів виховного характеру — з моменту першого допиту неповнолітнього або з моменту поміщення його до приймальника-розподільника.

У суді апеляційної інстанції участь захисника у випадках, передбачених ч. 1 ст. 45, є обов'язковою, якщо в апеляції ставиться питання про погіршення становища засудженого чи виправданого.

Підозрюваний, обвинувачений і підсудний мають право в будь-який момент провадження у справі відмовитися від запрошеного чи призначеного захисника. Відмова допускається лише з ініціативи підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного і не позбавляє його права запросити того самого чи іншого захисника в подальших стадіях процесу.

У разі відмови від захисника особа, яка провадить дізнання, слідчий складають протокол із зазначенням мотивів відмови, а суд зазначає про це у протоколі

судового засідання. Про прийняття відмови від захисника чи відхилення її особа, яка провадить дізнання, слідчий, суддя виносять постанову, а суд — ухвалу.

Відмова від захисника у випадках, в яких згідно з вимогами Кодексу участь захисника є обов'язковою, може бути прийнята лише коли підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений чи виправданий обґрунтовують її мотивами, які особа, що провадить дізнання, слідчий, суд визнають такими, що заслуговують на увагу. У цьому випадку захисник замінюється іншим.

Прийнявши рішення про усунення захисника від участі у справі, а також прийнявши відмову захисника від виконання обов'язків, особа, яка провадить дізнання, слідчий, суддя чи суд роз'яснюють підозрюваному, обвинуваченому, підсудному його право запросити іншого захисника та надають йому для цього в стадії розслідування справи не менше доби, а в стадії судового розгляду справи — не менше трьох діб. Якщо у випадках, коли участь захисника є обов'язковою, підозрюваний, обвинувачений, підсудний протягом цих строків не запросить іншого захисника, особа, яка провадить дізнання, слідчий чи суддя постановою, а суд — ухвалою самі призначають захисника.

Заміна одного захисника іншим, крім випадків, передбачених відповідними положеннями Кодексу, може мати місце тільки за клопотанням чи згодою підозрюваного, обвинуваченого, підсудного.

Заміна одного захисника іншим може мати місце в будь-якій стадії процесу і не тягне відновлення процесуальних дій, вчинених за участю захисника, якого замінено.

Захисник запрошується підозрюваним, обвинуваченим, підсудним чи засудженим, їх законними представниками, а також іншими особами за проханням чи згодою підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого. Особа, що провадить дізнання, слідчий, суд зобов'язані надати затриманій особі чи особі, яка утримується під вартою, допомогу у встановленні зв'язку з захисником або з особами, які можуть запросити захисника.

Підозрюваний, обвинувачений, підсудний вправі запросити собі кількох захисників.

Особа, яка провадить дізнання, слідчий чи суд можуть призначити захисника у встановленому законом порядку через адвокатське об'єднання. Вимога особи, яка провадить дізнання, слідчого, суду про призначення захисника, є обов'язковою для керівника адвокатського об'єднання.

Захисник призначається у випадках:

1) коли участь захисника є обов'язковою, але підозрюваний, обвинувачений, підсудний не бажає або не може запросити захисника;

2) коли підозрюваний, обвинувачений, підсудний бажає запросити захисника, але за відсутності коштів чи з інших об'єктивних причин не може цього зробити.

У випадку, коли є потреба у проведенні невідкладних слідчих чи інших процесуальних дій за участю захисника, а підозрюваний чи обвинувачений ще не встиг запросити захисника або явка обраного захисника неможлива, особа, яка провадить дізнання, слідчий своєю постановою вправі призначити захисника тимчасово до явки обраного захисника.

Якщо потреби у проведенні невідкладних слідчих чи інших процесуальних дій за участю захисника немає і коли неможлива явка захисника, обраного підозрюваним протягом 24 годин, а захисника, обраного обвинуваченим чи підсудним, — протягом 72 годин, особа, яка провадить дізнання, слідчий, суд мають право запропонувати підозрюваному, обвинуваченому, підсудному запросити іншого захисника. Якщо і цей захисник не зможе з'явитися для участі в справі протягом

24 годин, а також у випадках, коли підозрюваний, обвинувачений, підсудний протягом того самого строку не запросить іншого захисника, особа, яка провадить дізнання, слідчий чи суддя постановою, а суд — ухвалою самі призначають захисника.

Захисник зобов'язаний використовувати передбачені в КПК України та в інших законодавчих актах засоби захисту з метою з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого та надавати їм необхідну юридичну допомогу.

З моменту допуску до участі у справі захисник має право:

1) до першого допиту підозрюваного чи обвинуваченого мати з ним конфіденційне побачення, а після першого допиту — такі ж побачення без обмеження їх кількості та тривалості;

2) мати побачення з засудженим чи з особою, до якої застосовано примусові заходи медичного чи виховного характеру;

3) ознайомлюватися з матеріалами, якими обґрунтовується затримання підозрюваного чи обрання запобіжного заходу або пред'явлення обвинувачення, а після закінчення досудового слідства — з усіма матеріалами справи;

4) бути присутнім на допитах підозрюваного, обвинуваченого та під час виконання інших слідчих дій, виконуваних з їх участю або за їх клопотанням чи клопотанням самого захисника, а при виконанні інших слідчих дій — з дозволу дізнавача, слідчого;

5) застосовувати науково-технічні засоби при провадженні тих слідчих дій, в яких бере участь захисник, а також при ознайомленні з матеріалами справи — з дозволу особи, яка провадить дізнання, чи слідчого, а у суді, якщо справа розглядається у відкритому судовому засіданні, — з дозволу судді чи суду;

6) брати участь у судових засіданнях;

7) ставити в судовому засіданні питання підсудним, потерпілому, свідкам, експерту, спеціалісту, позивачу і відповідачу, брати участь у дослідженні інших доказів;

8) подавати докази, заявляти клопотання і відводи, висловлювати в судовому засіданні свою думку щодо клопотань інших учасників судового розгляду, оскаржувати дії і рішення особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора і суду;

9) виступати в судових дебатах;

10) знайомитися з протоколом судового засідання та подавати на нього зауваження;

11) знати про принесені у справі подання прокурора, апеляції, подавати на них заперечення;

12) брати участь у засіданнях суду при апеляційному розгляді справи;

13) збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази у справі, в тому числі запитувати і одержувати документи чи їх кбпії від громадян та юридичних осіб, знайомитися на підприємствах, в установах, організаціях, об'єднаннях громадян з необхідними документами, крім тих, таємниця яких охороняється законом, одержувати письмові висновки фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань, опитувати громадян.

Захисник зобов'язаний з'являтися для участі у виконанні процесуальних дій, в яких його участь є обов'язковою. У разі неможливості з'явитися у призначений строк, захисник зобов'язаний заздалегідь повідомити про це та про причини неможливості явки дізнавачу, слідчому, прокурору, суду.

У разі неявки захисника, слідча дія, участь в якій захисника не є обов'язковою, виконується без нього.

Захисник не вправі розголошувати дані, які стали йому відомі у зв'язку з виконанням його обов'язків.

Захисник зобов'язаний не перешкоджати встановленню істини у справі шляхом вчинення дій, спрямованих на те, щоб схилити свідка чи потерпілого до відмови від показань або до дачі завідомо неправдивих показань, схилити експерта до відмови від дачі висновку чи дачі завідомо неправдивого висновку, іншим чином сфальсифікувати докази у справі або затягнути розслідування чи судовий розгляд справи. Він також повинен дотримуватися встановленого порядку при розслідуванні та судовому розгляді справи.

Після допуску до участі у справі захисник — адвокат — вправі відмовитися від виконання своїх обов'язків лише у випадках:

1) коли є обставини, які виключають його участь у справі;

2) коли він свою відмову мотивує недостатніми знаннями чи некомпетентністю.

Документи, пов'язані з виконанням захисником його обов'язків участі у справі не підлягають огляду, розголошенню чи вилученню дізнавачем, слідчим, прокурором чи судом без його згоди.

Захисником не може бути особа:

1) яка брала участь у даній справі як дізнавач, слідчий, прокурор, суддя, секретар судового засідання, експерт, спеціаліст, перекладач, понятий, представник потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача;

2) яка є свідком і у зв'язку з цим допитувалася або підлягає допиту;

3) яка є родичем особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора, будь-кого зі складу суду, потерпілого, цивільного позивача;

4) щодо якої порушено кримінальну справу;

5) визнана недієздатною чи обмежено дієздатною.

Особа не може брати участь у справі як захисник також у випадках:

1) коли вона у даній справі надає або раніше надавала юридичну допомогу особі, інтереси якої суперечать інтересам особи, яка звернулася з проханням про надання юридичної допомоги;

2) у разі зупинення дії свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю або права на надання правової допомоги чи його анулювання у порядку, встановленому законодавчими актами України.

Одна і та сама особа не може бути захисником двох і більше підозрюваних, обвинувачених чи підсудних, якщо інтереси захисту одного з них суперечать інтересам захисту іншого.

Не може бути захисником особа, яка, зловживаючи своїми правами, перешкоджає встановленню істини у справі, затягує розслідування чи судовий розгляд справи, а також особа, яка порушує порядок у судовому засіданні чи не виконує розпоряджень головуючого під час судового розгляду справи.

Захисник може бути усунутий від участі у справі лише з підстав, передбачених відповідними положеннями КПК України.

Встановивши одну з таких обставин, як: 1) захисником є особа, яка брала участь у даній справі як дізнавач, слідчий, прокурор, суддя, секретар судового засідання, експерт, спеціаліст, перекладач, понятий, представник потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача; 2) захисником є особа, яка є родичем особи; 3) захисником є особа, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора, входить до складу суду, є потерпілим, цивільним позивачем; 4) захисником є особа, щодо якої порушено кримінальну справу; 5) захисником є визнана недієздатною чи обмежено дієздатною особа; 6) особа у даній справі надає або раніше

надавала юридичну допомогу особі, інтереси якої суперечать інтересам особи, яка звернулася з проханням про надання юридичної допомоги; 7) зупинення дії свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю або права на надання правової допомоги чи його анулювання у порядку, встановленому законодавчими актами України; 8) одна і та ж особа є захисником двох і більше підозрюваних, обвинувачених чи підсудних, при цьому інтереси захисту одного з них суперечать інтересам захисту іншого, — в усіх цих випадках особа, яка провадить дізнання, слідчий виносять мотивовану постанову про усунення захисника від участі у справі та повідомляють про це захисникові і підозрюваному, обвинуваченому, підсудному.

На стадії дізнання та досудового слідства питання про усунення захисника від участі у справі через те, що він є свідком і допитувався або підлягає допиту, або захисником є особа, яка, зловживаючи своїми правами, перешкоджає встановленню істини у справі, затягує розслідування чи судовий розгляд справи, а також особа, яка порушує порядок у судовому засіданні чи не виконує розпоряджень головуючого під час судового розгляду справи, — за поданням особи, яка провадить дізнання, слідчого вирішує суддя за місцем провадження розслідування. Суддя розглядає подання про усунення захисника від участі у справі, вивчає матеріали, якими обґрунтовується подання, вислуховує прокурора і захисника, за необхідності опитує підозрюваного, обвинуваченого, особу, у провадженні якої знаходиться справа, після чого виносить мотивовану постанову про усунення захисника від участі у справі чи про відмову в цьому. Постанова судді про усунення захисника оскарженню не підлягає.

Під час судового розгляду питання про усунення захисника від участі у справі з усіх зазначених вище підстав вирішує суд.

За наявності підстав особа, яка провадить дізнання, слідчий чи суд про усунення захисника від участі у справі повідомляють відповідному органу, адвокатському об'єднанню для вирішення питання про відповідальність адвоката.

Захисник має забезпечувати реалізацію основоположного принципу кримінального процесу — ніхто не може бути притягнутий як обвинувачений інакше ніж на підставах і в порядку, встановлених законом. Зокрема, захисник може вказувати на наявність обставин, що виключають провадження в кримінальній справі. Так, кримінальну справу не може бути порушено, а порушена справа підлягає закриттю:

1) за відсутності події злочину;

2) за відсутності в діянні складу злочину;

3) внаслідок акта амністії, якщо він усуває застосування покарання за вчинене діяння, а також у зв'язку з помилуванням окремих осіб;

4) щодо особи, яка не досягла на час вчинення суспільно небезпечного діяння 11-річного віку;

5) за примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим у справах, які порушуються не інакше як за скаргою потерпілого, крім випадків, передбачених відповідними положеннями Кодексу;

6) за відсутності скарги потерпілого, якщо справу може бути порушено не інакше як за його скаргою, крім випадків, коли прокуророві надано право порушувати справи і за відсутності скарги потерпілого;

7) щодо померлого, за винятком випадків, коли провадження у справі є необхідним для реабілітації померлого або відновлення справи щодо інших осіб за нововиявленими обставинами;

8) щодо особи, про яку є вирок по тому ж обвинуваченню, що набрав законної сили, або ухвала чи постанова суду про закриття справи з тієї самої підстави;

9) щодо особи, про яку є нескасована постанова органу дізнання, слідчого, прокурора про закриття справи за тим же обвинуваченням;

10) якщо про відмову в порушенні справи за тим же фактом є нескасована постанова органу дізнання, слідчого, прокурора.

У разі наявності достатніх підстав вважати, що суспільно небезпечне діяння вчинено особою, яка досягла 11 років, але до виповнення віку, з якого законом передбачена кримінальна відповідальність, за фактом цього діяння порушується кримінальна справа. Така справа вирішується у такому порядку. Згідно зі ст. 7^3 КПК України слідчий, встановивши у кримінальній справі, що суспільно небезпечне діяння вчинене особою у віці від 11 років і до виповнення віку, з якого можлива кримінальна відповідальність, виносить мотивовану постанову про закриття справи та застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру. Справа разом із постановою направляється прокурору. Неповнолітньому, щодо якого винесено постанову, а також його батькам або особам, що їх замінюють, перед направленням справи прокурору надається можливість ознайомитися з усіма матеріалами справи, при цьому вони мають право користуватися послугами захисника. Якщо встановлено, що особу, яка вчинила у віці від 11 до 14 років суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, за яке КК України передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк понад п'ять років, необхідно у зв'язку з цим негайно ізолювати, то за постановою слідчого або органу дізнання за згодою прокурора за вмотивованим рішенням суду її може бути поміщено у приймальник-розподільник для неповнолітніх на строк до 30 діб. Участь захисника у цьому разі забезпечується з моменту поміщення неповнолітнього у приймальник-розподільник. Слідчий, встановивши в кримінальній справі, що суспільно небезпечне діяння вчинене дитиною, яка не досягла 11-річного віку, виносить постанову про закриття справи з додержанням вимог ч. 2 цієї статті, про що повідомляє прокурора і службу в справах неповнолітніх за місцем проживання дитини.

Захисник має також пам'ятати про необхідність забезпечення гарантії того, що ніхто не може бути заарештований інакше як на підставі судового рішення. Прокурор повинен негайно звільнити кожного, хто незаконно позбавлений волі або утримується під вартою понад строк, передбачений законом чи судовим вироком. Ще однією важливою гарантією, на забезпечення якої має бути спрямована діяльність захисника, є гарантія недоторканності житла. Ніхто не має права без законної підстави увійти в житло проти волі осіб, які проживають у ньому. Особисте життя громадян, таємниця листування, телефонних розмов і телеграфних повідомлень, банківських вкладів та рахунків охороняються законом. Обшук, виїмка, огляд приміщення у громадян, накладення арешту на кореспонденцію і виїмка її в поштово-телеграфних установах можуть провадитись тільки на підставах і в порядку, встановлених КПК України.

У разі наявності загрози вчинення насильства або інших протиправних дій щодо осіб, взятих під захист, за письмовою заявою або письмовою згодою цих осіб може проводитися прослуховування телефонних та інших розмов, візуальне спостереження із застосуванням або без застосування звуко-, відеозапису, фото- і кінознімання.

Прослуховування телефонних та інших розмов, розкриття інформації, яка містить банківську таємницю, здійснюється з письмового дозволу власника такої інформації або за рішенням суду, крім випадків, передбачених Законом України «Про боротьбу з тероризмом».

На забезпечення прав особи спрямоване встановлення принципів правосуддя. Одним з таких принципів є принцип рівності громадян перед законом і судом.

Так, ст. 16 КПК України передбачає, що правосуддя в кримінальних справах здійснюється на засадах рівності громадян перед законом і судом незалежно від походження, соціального і майнового стану, расової і національної належності, статі, освіти, мови, ставлення до релігії, роду і характеру занять, місця проживання та інших обставин.

Ще одним принципом є принцип змагальності. При розгляді справи у суді функції обвинувачення, захисту і вирішення справи не можуть покладатися на один і той же орган чи на одну і ту ж особу. Державне обвинувачення в суді здійснює прокурор. У випадках, передбачених Кодексом, обвинувачення здійснює потерпілий або його представник. Захист підсудного здійснює сам підсудний, його захисник або законний представник.

Прокурор, підсудний, його захисник чи законний представник, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач та їх представники беруть участь у судовому засіданні як сторони і користуються рівними правами та свободою у наданні доказів, їх дослідженні та доведенні їх переконливості перед судом.

Суд, зберігаючи об'єктивність і неупередженість, створює необхідні умови для виконання сторонами їх процесуальних обов'язків і здійснення наданих їм прав.

Функція розгляду справи покладається на суд.

КПК України регулює також питання щодо розподілу судових витрат і, зокрема, щодо оплати праці адвоката. Так, відповідно до положень Кодексу судові витрати покладаються на засуджених, крім сум, що видані і мають бути видані перекладачам, або приймаються на рахунок держави. При визнанні підсудного винним суд постановляє стягти з нього судові витрати. У тому разі, якщо винними буде визнано декількох осіб, суд постановляє, в якому розмірі повинні бути стягнені витрати з кожного з них, ураховуючи при цьому ступінь вини та майновий стан засуджених. Якщо підсудний буде визнаний винним, але звільнений від покарання, суд має право покласти на нього судові витрати.

При закритті справи у зв'язку з примиренням потерпілого з обвинуваченим суд може покласти судові витрати на одного з них або на обох.

Судові витрати у разі неспроможності особи, з якої вони мають бути стягнуті, а також судові витрати, пов'язані з виплатою сум перекладачеві, приймаються на рахунок держави.

Оплата праці захисника в разі його участі у справі за призначенням провадиться за рахунок держави в порядку і розмірах, встановлених Кабінетом Міністрів України. Відшкодування державі витрат у цьому випадку за згодою засудженого або осіб, які несуть майнову відповідальність за його дії, може бути покладено на них.

8.2. Участь адвоката у слідчих діях. Сутність, методика, значення, тактика. Оскарження адвокатами дій слідчого.

Участь адвоката у слідчих діях має бути спрямована на забезпечення обвинуваченому, підозрюваному і підсудному їх прав.

Обвинуваченим є особа, щодо якої в установленому КПК України порядку винесена постанова про притягнення як обвинуваченого. Після призначення справи до судового розгляду обвинувачений називається підсудним.

Обвинувачений має право: знати, в чому його обвинувачують; давати показання з пред'явленого йому обвинувачення або відмовитися давати показання і відповідати на запитання; мати захисника і побачення з ним до першого допиту; подавати докази; заявляти клопотання; ознайомлюватися після закінчення досудового слідства або дізнання з усіма матеріалами справи; брати участь у судовому

розгляді в суді першої інстанції; заявляти відводи; подавати скарги надії і рішення особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора, судді та суду, а за наявності відповідних підстав — на забезпечення безпеки.

Підсудний має право на останнє слово.

Підозрюваним визнається:

1) особа, затримана за підозрою у вчиненні злочину;

2) особа, до якої застосовано запобіжний захід до винесення постанови про притягнення її як обвинуваченого.

Підозрюваний має право: знати, в чому він підозрюється; давати показання або відмовитися давати показання і відповідати на запитання; мати захисника і побачення з ним до першого допиту; подавати докази; заявляти клопотання і відводи; вимагати перевірки судом чи прокурором правомірності затримання; подавати скарги на дії і рішення особи, яка провадить оперативно-розшукові дії та дізнання, слідчого і прокурора, а за наявності відповідних підстав — на забезпечення безпеки.

Про роз'яснення прав підозрюваному зазначається в протоколі затримання або постанові про застосування запобіжного заходу.

Адвокат має слідкувати, щоб у протоколі про кожну слідчу дію були зазначені: місце і дата його складання; посади і прізвища осіб, що проводять дію; прізвища осіб, які брали участь у проведенні слідчої дії, адреси цих осіб; роз'яснення їх прав і обов'язків; зміст проведеної слідчої дії, час її початку і закінчення; всі істотні для справи обставини, виявлені при виконанні даної слідчої дії. З метою нерозголошення даних про особу, щодо якої застосовані заходи безпеки, у протоколах слідчих дій обмежуються відомостями про цю особу в порядку, передбаченому Кодексом.

Протокол зачитується всім особам, що брали участь у проведенні слідчої дії, при цьому їм роз'яснюється їх право робити зауваження. Зазначені особи можуть ознайомлюватися з протоколом особисто.

Вставки і поправки повинні бути застережені в протоколі перед підписами.

Протокол підписують: особа, яка провадила слідчу дію, допитана особа, а також перекладач, поняті, якщо вони були присутні, та інші особи, які були присутні або брали участь у проведенні цієї дії. Якщо хто-небудь з цих осіб через фізичні вади або з інших причин не може особисто підписати протокол, то для підписання протоколу запрошується стороння особа. До протоколу можуть бути додані фотознімки, матеріали звукозапису, кінозйомок, відеозапису, плани, схеми, зліпки та інші матеріали, які пояснюють його зміст.

Коли особа, що брала участь у проведенні слідчої дії, відмовиться підписати протокол, то це зазначається в протоколі і стверджується підписом особи, яка провадила слідчу дію.

Адвокат також повинен слідкувати за дотриманням правил застосування звукозапису, якщо такий використовується під час здійснення слідчих дій. Так, звукозапис може застосовуватися при допиті підозрюваного, обвинуваченого, свідка і потерпілого, очній ставці, пред'явленні для впізнання, відтворенні обстановки і обставин події та при проведенні інших слідчих дій під час досудового розслідування.

При проведенні слідчих дій із застосуванням звукозапису про це повідомляються всі учасники слідчої дії до її початку. Фонограма повинна відбивати весь хід слідчої дії. Повторення спеціально для звукозапису будь-якої частини слідчої дії в ході її проведення не дозволяється.

Перед закінченням слідчої дії звукозапис повністю відтворюється учасникам цієї дії. Висловлені ними зауваження і доповнення до звукозапису заносяться на

фонограму. Протокол слідчої дії, проведеної з застосуванням звукозапису, складається з додержанням правил цього Кодексу. В протоколі повинно бути також зазначено про застосування звукозапису і повідомлення про це учасників слідчої дії, профтехнічні засоби та умови звукозапису, про відтворення звукозапису учасникам слідчої дії та їх заяви з приводу застосування звукозапису. В разі відтворення звукозапису показань під час проведення іншої слідчої дії про це зазначається у протоколі відповідної слідчої дії. Під час проведення очної ставки відтворення звукозапису попередніх показань учасників очної ставки допускається лише після дачі ними показань на очній ставці та занесення їх до протоколу.

У разі пред'явлення учасникам процесу матеріалів справи у зв'язку з закінченням досудового розслідування звукозапис відтворюється обвинуваченому і його захиснику, а в разі клопотання — і іншим учасникам процесу. Фонограма в опечатаному вигляді зберігається разом із справою.

Кінозйомка, відеозапис можуть застосовуватися у проведенні огляду, обшуку, відтворенні обстановки і обставин події та у процесі проведення інших слідчих дій. Учасники слідчої дії повідомляються про застосування кінозйомки, відеозапису до початку цієї дії. Після зйомки, запису та виготовлення кінострічки, відеострічки вони демонструються всім учасникам слідчої дії, про що складається окремий протокол. Процесуальне оформлення застосування кінозйомки, відеозапису і демонстрування кінострічки, відеострічки під час проведення іншої слідчої дії, пред'явлення матеріалів справи у зв'язку з закінченням досудового розслідування, а також під час судового розгляду провадиться відповідно до правил, передбачених КПК України.

8.3. Дізнання у кримінальному процесі. Захисник і захист у цій стадії процесу.

На органи дізнання покладається вжиття необхідних оперативно-розшукових заходів з метою виявлення ознак злочину і осіб, що його вчинили.

Про виявлений злочин і почате дізнання орган дізнання негайно повідомляє прокурора.

За наявності ознак злочину, що не є тяжким, орган дізнання порушує кримінальну справу і, керуючись правилами кримінально-процесуального закону, проводить слідчі дії до встановлення особи, яка його вчинила. Після цього орган дізнання, дотримуючись установлених строків, складає постанову про передачу справи слідчому, яку подає прокурору для затвердження.

У разі порушення органом дізнання справи про тяжкий злочин він зобов'язаний передати її слідчому через прокурора після виконання невідкладних слідчих дій у межах строків, передбачених відповідними положеннями Кодексу.

Якщо у справі про тяжкий злочин, що передана слідчому, не встановлено особу, яка його вчинила, орган дізнання продовжує виконувати оперативно-розшукові дії і повідомляє слідчого про їх наслідки.

Після вступу слідчого у справу орган дізнання зобов'язаний виконувати доручення слідчого щодо проведення слідчих та розшукових дій.

Орган дізнання вправі затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який може бути призначено покарання у вигляді позбавлення волі, лише за наявності однієї з таких підстав:

1) коли цю особу застали під час вчинення злочину або безпосередньо після його вчинення;

2) коли очевидці, в тому числі й потерпілі, прямо вкажуть надану особу, що саме вона вчинила злочин;

3) коли на підозрюваному або на його одягу, при ньому або в його житлі буде виявлено явні сліди злочину.

За наявності інших даних, що дають підстави підозрювати особу у вчиненні злочину, її може бути затримано лише в тому разі, коли ця особа намагалася втекти, або коли вона не має постійного місця проживання, або коли не встановлено особи підозрюваного.

Про кожний випадок затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, орган дізнання зобов'язаний скласти протокол із зазначенням підстав, мотивів, дня, години, року, місяця, місця затримання, пояснень затриманого, часу складання протоколу про роз'яснення підозрюваному права мати побачення із захисником з моменту затримання. Протокол підписується особою, яка його склала, і затриманим.

Копія протоколу з переліком прав та обов'язків негайно вручається затриманому і направляється прокурору. На вимогу прокурора йому також надсилаються матеріали, що стали підставою для затримання.

Про затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, орган дізнання негайно повідомляє одного з її родичів, а в разі затримання співробітника кадрового складу розвідувального органу України при виконанні ним службових обов'язків негайно повідомляє також і відповідний розвідувальний орган.

Протягом 72 годин після затримання орган дізнання:

1) звільняє затриманого — якщо не підтвердилась підозра у вчиненні злочину, вичерпався встановлений законом строк затримання або затримання було здійснено з порушенням вимог, передбачених частинами 1 і 2 ст. 104 КПК України;

2) звільняє затриманого і обирає щодо нього запобіжний захід, не зв'язаний із триманням під вартою;

3) доставляє затриманого до судді з поданням про обрання йому запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

У разі оскарження затримання до суду, скарга затриманого негайно надсилається начальником місця досудового ув'язнення до суду. Скарга розглядається суддею одночасно з поданням органу дізнання про обрання запобіжного заходу. Якщо скарга надійшла після обрання запобіжного заходу, вона розглядається суддею протягом трьох діб з часу надходження. Якщо подання не надійшло або скарга надійшла після закінчення 72-годинного строку після затримання, скарга на затримання розглядається суддею протягом п'яти діб з часу надходження.

За результатами розгляду суддя виносить постанову про законність затримання чи про задоволення скарги і визнання затримання незаконним. Копія постанови направляється прокурору, органу дізнання, затриманому і начальнику місця досудового ув'язнення.

На постанову судді протягом семи діб з дня її винесення може бути подана апеляція прокурором, особою, щодо якої прийнято рішення, або її захисником чи законним представником. Подача апеляції не зупиняє виконання постанови суду.

Затримання підозрюваного у вчиненні злочину не може тривати більше 72 годин.

Якщо у встановлений законом строк затримання постанова судді про застосування до затриманої особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту або постанова про звільнення затриманого не надійшла до установи для досудового ув'язнення, начальник місця досудового ув'язнення звільняє цю особу, про що складає протокол і направляє повідомлення про це посадовій особі чи органу, який здійснював затримання.

Порядок короткочасного затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, визначається Положенням про порядок короткочасного затримання осіб, підозрюваних^ вчиненні злочину.

Якщо підозрюваний був затриманий або до нього було обрано запобіжний захід у вигляді взяття під варту, його допит проводиться негайно, а за неможливості негайного допиту — не пізніше 24 годин після затримання. Під час допиту такого підозрюваного присутність захисника є обов'язковою, за винятком випадків, коли він відмовляється від нього і його відмова прийнята.

Перед допитом підозрюваному має бути роз'яснено його права, а також повідомлено, у вчиненні якого злочину він підозрюється, про що робиться відмітка у протоколі його допиту.

У справі про злочин, що не є тяжким або особливо тяжким, дізнання провадиться у строк не більше 10 днів, починаючи з моменту встановлення особи, яка його вчинила. У справі про тяжкий або особливо тяжкий злочин дізнання провадиться у строк не більше 10 днів з моменту порушення справи.

У разі обрання до підозрюваного запобіжного заходу, дізнання провадиться у строк не більше п'яти діб з моменту обрання запобіжного заходу.

Дізнання у справах закінчується складанням постанови про направлення справи для провадження досудового слідства, яка затверджується прокурором.

За наявності обставин, що виключають провадження у справі, орган дізнання закриває справу мотивованою постановою, копію якої в добовий строк надсилає прокуророві.

Дії і постанови органів дізнання можуть бути оскаржені прокуророві. В разі надходження скарги прокурор зобов'язаний розглянути її протягом десяти днів і рішення по скарзі повідомити скаржникові.

Дії і постанови органів дізнання можуть бути оскаржені до суду. Скарги на дії і постанови органів дізнання розглядаються судом першої інстанції при попередньому розгляді справи або при розгляді її по суті, якщо інше не передбачено КПК України.

8.4. Запобіжні заходи. Порядок обрання запобіжного заходу та продовження строків тримання під вартою. Строк і підстави для подання апеляції на постанову судді про обрання запобіжного заходу. Строк тримання підозрюваного (обвинуваченого) під вартою.

Запобіжні заходи застосовуються до підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого з метою запобігти спробам ухилитися від дізнання, слідства або суду, перешкодити встановленню істини у кримінальній справі або продовжити злочинну діяльність, а також для забезпечення виконання процесуальних рішень.

Запобіжні заходи застосовуються за наявності достатніх підстав вважати, що підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений буде намагатися ухилитися від слідства і суду або від виконання процесуальних рішень, перешкоджати встановленню істини у справі або продовжувати злочинну діяльність.

Якщо немає достатніх підстав для застосування запобіжного заходу, від підозрюваного, обвинуваченого або підсудного відбирається письмове зобов'язання про явку на виклик особи, яка проводить дізнання, слідчого, прокурора або суду, а також про те, що він повідомить про зміну свого місця перебування.

У разі застосування запобіжного заходу до підозрюваного обвинувачення йому має бути пред'явлене не пізніше 10 діб з моменту застосування запобіжного заходу. Якщо в цей строк обвинувачення не буде пред'явлене, запобіжний захід скасовується.

Запобіжними заходами є:

1) підписка про невиїзд;

2) особиста порука;

3) порука громадської організації або трудового колективу;

4) застава;

5) взяття під варту;

6) нагляд командування військової частини.

Тимчасовим запобіжним заходом є затримання підозрюваного.

При вирішенні питання про застосування запобіжного заходу враховуються тяжкість злочину, у вчиненні якого підозрюється, обвинувачується особа, її вік, стан здоров'я, сімейний і матеріальний стан, вид діяльності, місце проживання та інші обставини, що її характеризують. Питання про конституційність даного положення було предметом розгляду Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення ст. 150 КПК України стосовно тяжкості злочину (справа про врахування тяжкості злочину при застосуванні запобіжного заходу) від 8 липня 2003 р. № 14-рп/2003. Суб'єкт права на конституційне подання — 50 народних депутатів України — звернувся до Конституційного Суду України з клопотанням визнати таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним), положення ст. 150 КПК України, згідно з яким у вирішенні питання про застосування запобіжного заходу поряд з іншими обставинами враховується тяжкість злочину, у вчиненні якого підозрюється, обвинувачується особа. У конституційному поданні стверджувалось, що зазначена норма є неконституційною, оскільки до особи, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину, що передбачає покарання у вигляді позбавлення волі, може бути застосований такий запобіжний захід, як взяття під варту, лише з «мотиву тяжкості злочину, в якому обвинувачується особа». На думку народних депутатів, це суперечить Конституції України, згідно з якою особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду, а запобіжний захід — тримання під вартою — може бути застосований лише у разі нагальної потреби запобігти злочинові чи його перепинити (статті 29, 62 Конституції України).

Автори клопотання також вважали, що положення ст. 150 КПК України суперечить і ст. 5 Конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 р., ратифікованої Законом України від 17 липня 1997 р., яка «не містить такої підстави для арешту».

Голова Верховної Ради України у листі до Конституційного Суду України зазначив, що застосування запобіжного заходу не є мірою кримінального покарання, а отже, обрання запобіжного заходу відповідно до обставин, визначених у ст. 150 КПК України, ніяким чином не порушує принципу презумпції невинуватості, який передбачено ч. 1 ст. 62 Конституції України. На його думку, тяжкість вчиненого злочину не є самостійною підставою для обрання запобіжного заходу і підлягає врахуванню у сукупності з іншими обставинами, що характеризують особу, стосовно якої вирішується питання про застосування запобіжного заходу відповідно до вимог КПК України.

Президент України також висловив думку, відповідно до якої немає підстав для визнання положення ст. 150 КПК України неконституційним, оскільки аналіз її змісту свідчить, що вона не виключає необхідності застосування положень ст. 148 Кодексу, як це випливає з конституційного подання, а доповнює перелік обставин, які повинні враховуватися під час обрання запобіжного заходу. Цей захід не може бути застосований лише з мотиву тяжкості злочину.

За висновками Міністерства юстиції України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, фахівців Національної академії Служби безпеки України та Центру порівняльного права при Міністерстві юстиції України ст. 150 КПК України передбачає не підстави для застосування запобіжного заходу, а обставини, які враховуються у вирішенні питання про застосування запобіжного заходу та його виду. Серед таких обставин передбачена і тяжкість злочину, у вчиненні якого підозрюється, обвинувачується особа, оскільки ця обставина є складовою характеристики суспільної небезпечності вчиненого та особи, яка підозрюється або обвинувачується.

Вирішуючи спір з порушеного у конституційному поданні питання, Конституційний Суд України виходив з такого. Конституція України передбачає можливість застосування арешту або тримання під вартою лише за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом (ч. 2 ст. 29). Згідно з ч. 3 ст. 29 Конституції України, на яку посилаються автори клопотання, уповноважені законом органи можуть застосовувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід у разі нагальної необхідності запобігти злочинові чи його перепинити. Відповідно до цих положень Конституції України в КПК України передбачено, що застосування запобіжного заходу — взяття під варту — можливе лише за вмотивованим рішенням суду і тільки з підстав та в порядку, передбачених статтями 148,149,150,155, а затримання особи як тимчасовий запобіжний захід (ч. 2 ст. 149) застосовується в позасудовому порядку органом дізнання з підстав і в порядку, визначених статтями 106, 115, 1061, 1652 цього Кодексу.

Тому посилання суб'єкта права на конституційне подання на ч. 3 ст. 29 Конституції України як на правове обґрунтування неконституційності оспорюваного положення ст. 150 КПК України є безпідставним.

Згідно з Кримінально-процесуальним кодексом України запобіжні заходи застосовуються до підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого з метою запобігти спробам ухилитися від дізнання, слідства або суду, перешкодити установленню істини у кримінальній справі або продовжити злочинну діяльність, а також для забезпечення виконання процесуальних рішень (ч. 1 ст. 148) лише за наявності достатніх підстав вважати, що ці особи будуть намагатися ухилитися від слідства і суду або від виконання процесуальних рішень, перешкоджати встановленню істини у справі або продовжувати злочинну діяльність (ч. 2 ст. 148).

Стаття 149 КПК України визначає вичерпний перелік видів запобіжних заходів, які можуть бути застосовані до особи з підстав, викладених у ст. 148. За змістом ч. 2 цієї статті, необхідність застосування запобіжного заходу пов'язується з поведінкою підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого після вчинення злочину (намагання ухилитися від слідства і суду або від виконання процесуальних рішень, перешкоджати установленню істини у справі або продовжувати злочинну діяльність).

Тяжкість злочину не визначається законом як підстава для застосування будь-якого виду запобіжного заходу, а не тільки взяття під варту.

Згідно зі ст. 150 КПК України при вирішенні питання про застосування запобіжного заходу, крім обставин, зазначених у ст. 148 Кодексу, враховуються

тяжкість злочину, у вчиненні якого підозрюється, обвинувачується особа, її вік, стан здоров'я, сімейний і матеріальний стан, вид діяльності та інші обставини, що її характеризують.

Взяття під варту як один із видів запобіжного заходу може бути застосоване за умов, визначених ч. 1 ст. 155 КПК України, та за наявності достатніх підстав, передбачених ст. 148 цього Кодексу.

Системний аналіз статей 148, 149, 150, 155 КПК України свідчить про те, що ст. 150 не визначає підстав для застосування запобіжного заходу і стосується виключно обставин (що, зокрема, випливає з самої назви статті), які повинні враховуватися в обранні запобіжного заходу в кожному конкретному випадку незалежно від його виду (підписка про невиїзд, взяття під варту тощо). Перелік цих обставин не є вичерпним, і в застосуванні запобіжного заходу враховуються як тяжкість злочину, у вчиненні якого особа підозрюється, обвинувачується, так й інші обставини.

З огляду на викладене Конституційний Суд України дійшов висновку, що оспорювана норма ст. 150 КПК України не суперечить вимогам ст. 29 Конституції України. Необгрунтованим є й посилання народних депутатів України на невідповідність оспорюваного положення ст. 150 КПК України ст. 62 Конституції України, оскільки за правовою природою запобіжні заходи до підозрюваного, обвинуваченого не є кримінальним покаранням.

Зазначене положення ст. 150 КПК України відповідає і ст. 5 Конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 р., якою передбачена можливість застосування запобіжного заходу у вигляді арешту, зокрема з метою запобігання вчиненню особою правопорушення чи її втечі після його вчинення.

Розглянемо запобіжні заходи детальніше.

Підписка про невиїзд полягає у відібранні від підозрюваного або обвинуваченого письмового зобов'язання не відлучатися з місця постійного проживання або з місця тимчасового знаходження без дозволу слідчого.

Якщо підозрюваний або обвинувачений порушить дану ним підписку про невиїзд, то вона може бути замінена більш суворим запобіжним заходом; про це підозрюваному або обвинуваченому повинно бути оголошено під час відібрання від нього підписки про невиїзд.

Особиста порука полягає у відібранні від осіб, що заслуговують довіри, письмового зобов'язання про те, що вони ручаються за належну поведінку та явку обвинуваченого за викликом і зобов'язуються за необхідності доставити його в органи дізнання, досудового слідства чи в суд на першу про те вимогу. Число поручителів визначає слідчий, але їх не може бути менше двох.

Поручитель повідомляється про суть справи, з якої обирається запобіжний захід, а також попереджається про те, що коли обвинувачений, щодо якого обраний даний запобіжний захід, ухилиться від слідства і суду, то на поручителя може бути накладене грошове стягнення до 200 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

У разі відмови поручителя від взятого на себе зобов'язання особиста порука заміняється іншим запобіжним заходом.

Якщо обвинувачений ухилиться від явки до органів дізнання чи досудового слідства, особа, що провадить дізнання, або слідчий складає про це протокол і приєднує його до справи. Питання про грошове стягнення з поручителя вирішується судом у судовому засіданні при розгляді справи або в іншому судовому засіданні. В судове засідання викликається поручитель.

Порука громадської організації або трудового колективу полягає у винесенні зборами громадської організації або трудового колективу підприємства, устано-

ви, організації, колгоспу, цеху, бригади постанови про те, що дана організація або трудовий колектив ручається за належну поведінку та своєчасну явку обвинуваченого до органу дізнання, слідчого і в суд.

Громадська організація або трудовий колектив повинні бути ознайомлені з характером обвинувачення, пред'явленого особі, що віддається на поруки.

Застава полягає у внесенні на депозит органу досудового розслідування або суду підозрюваним, обвинуваченим, підсудним, іншими фізичними чи юридичними особами грошей чи передачі їм інших матеріальних цінностей з метою забезпечення належної поведінки, виконання зобов'язання не відлучатися з місця постійного проживання або з місця тимчасового знаходження без дозволу слідчого чи суду, явки за викликом до органу розслідування і суду особи, щодо якої застосовано запобіжний захід.

Розмір застави встановлюється з урахуванням обставин справи органом, який застосував запобіжний захід. Він не може бути меншим: щодо особи, обвинуваченої у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого злочину — 1 тис. неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; щодо особи, обвинуваченої у вчиненні іншого тяжкого або особливо тяжкого злочину чи раніше судимої особи, — 500 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; щодо інших осіб — 500 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. У всіх випадках розмір застави не може бути меншим розміру цивільного позову, обґрунтованого достатніми доказами.

Під час внесення застави підозрюваному, обвинуваченому, підсудному роз'яснюються його обов'язки і наслідки їх невиконання, а заставодавцю — у вчиненні якого злочину підозрюється чи обвинувачується особа, щодо якої застосовується запобіжний захід, і що в разі невиконання нею своїх обов'язків застава буде звернена в дохід держави.

Міра запобіжного заходу у вигляді застави щодо особи, яка знаходиться під вартою, до направлення справи до суду може бути обрана лише з дозволу прокурора, який давав санкцію на арешт, а після надходження справи до суду — судом.

Заставодавець може відмовитись від взятих на себе зобов'язань до виникнення підстав для звернення застави в дохід держави. У цьому випадку він забезпечує явку підозрюваного, обвинуваченого, підсудного до органу розслідування чи суду для заміни йому запобіжного заходу на інший. Застава повертається лише після обрання нового запобіжного заходу.

Якщо підозрюваний, обвинувачений, підсудний порушує взяті на себе зобов'язання, застава звертається в дохід держави. Питання про звернення застави в дохід держави вирішується судом у судовому засіданні під час розгляду справи або в іншому судовому засіданні. В судове засідання викликається заставодавець для дачі пояснень. Неявка без поважних причин заставодавця в судове засідання не перешкоджає розгляду питання про звернення застави в дохід держави.

Питання про повернення застави заставодавцю вирішується судом при розгляді справи. Застава, внесена підозрюваним, обвинуваченим, підсудним, може бути звернена судом на виконання вироку в частині майнових стягнень.

Взяття під варту як запобіжний захід застосовується в справах про злочини, за які законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк понад три роки. У виняткових випадках цей запобіжний захід може бути застосовано у справах про злочини, за які законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі і на строк не більше трьох років.

Місцями досудового ув'язнення для тримання осіб, щодо яких як запобіжний захід обрано взяття під варту, є слідчі ізолятори. В окремих випадках ці особи можуть перебувати у місцях тримання затриманих.

Місцями попереднього ув'язнення для тримання військовослужбовців, щодо яких як запобіжний захід обрано взяття під варту, є гауптвахти Військової служби правопорядку у Збройних Силах України або слідчі ізолятори. Ці особи перебувають у слідчому ізоляторі або на гауптвахті Військової служби правопорядку у Збройних Силах України за рішенням слідчого. В окремих випадках військовослужбовці можуть перебувати у місцях тримання затриманих.

У місцях тримання затриманих особи, взяті під варту, можуть перебувати не більше як три доби. Якщо доставка ув'язнених у слідчий ізолятор або на гауптвахту Військової служби правопорядку у Збройних Силах України у цей строк неможлива через віддаленість або відсутність належних шляхів сполучення, вони можуть перебувати у місцях тримання затриманих до 10 діб.

Якщо взяття під варту як запобіжний захід обрано стосовно особи, яка вчинила злочин під час відбування покарання в установі виконання покарань, така особа може перебувати у дисциплінарному ізоляторі або карцері установи виконання покарань.

Порядок досудового ув'язненая визначається Законом України «Про попереднє ув'язнення», КПК України.

Тримання під вартою під час досудового розслідування не повинно тривати більше двох місяців.

У випадках, коли у строк, передбачений ч. 1 ст. 156 КПК України, розслідування справи закінчити неможливо, а підстав для скасування чи заміни запобіжного заходу на більш м'який немає, він може бути продовжений:

1) до чотирьох місяців — за поданням, погодженим із прокурором, який здійснює нагляд за дотриманням законів органами дізнання і досудового слідства, або самим цим прокурором, суддею того суду, який виніс постанову про застосування запобіжного заходу;

2) до дев'яти місяців — за поданням, погодженим з заступником Генерального прокурора України, прокурором Автономної Республіки Крим, області, міст Києва і Севастополя та прирівняних до них прокурорів, або самим цим прокурором у справах про тяжкі і особливо тяжкі злочини, суддею апеляційного суду;

3) до вісімнадцяти місяців — за поданням, погодженим з Генеральним прокурором України, його заступником, або самим цим прокурором в особливо складних справах про особливо тяжкі злочини, суддею Верховного Суду України.

У кожному випадку, коли розслідування справи у повному обсязі у строки, зазначені у частинах 1 чи 2 цієї статті, закінчити неможливо і за відсутності підстав для зміни запобіжного заходу, прокурор, який здійснює нагляд за виконанням законів при провадженні розслідування у даній справі, має право дати згоду про направлення справи до суду в частині доведеного обвинувачення.

Строк тримання під вартою обчислюється з моменту взяття під варту, а якщо взяттю під варту передувало затримання підозрюваного, — з моменту затримання. У строк тримання під вартою включається час перебування особи на стаціонарному експертному дослідженні у психіатричній медичній установі будь-якого типу. У разі повторного взяття під варту особи у тій самій справі, а також приєднаній до неї або виділеної з неї справи або пред'явлення нового обвинувачення строк тримання під вартою обчислюється з урахуванням часу тримання під вартою раніше.

Строки тримання під вартою під час досудового слідства закінчуються в день надходження справи до суду.

Матеріали закінченої розслідуванням кримінальної справи повинні бути пред'явлені обвинуваченому, взятому під варту, та його захисникові не пізніш як

за місяць до закінчення граничного строку тримання під вартою, встановленого ч. 3 цієї статті.

Якщо матеріали кримінальної справи було пред'явлено обвинуваченому та його захисникові з порушенням місячного терміну до закінчення граничного строку тримання під вартою, встановленого ч. 2 ст. 156 КПК України, то після його закінчення обвинувачений підлягає негайному звільненню. При цьому за обвинуваченим та його захисником зберігається право на ознайомлення з матеріалами справи.

Якщо матеріали кримінальної справи було пред'явлено обвинуваченому та його захисникові з дотриманням місячного терміну до закінчення граничного строку тримання під вартою, але його виявилося недостатньо для ознайомлення з матеріалами справи, зазначений строк може бути продовжено суддею апеляційного суду за поданням слідчого, погодженим з Генеральним прокурором України чи його заступником, або поданням цього прокурора чи його заступника. Коли у справі беруть участь кілька обвинувачених, яких тримають під вартою, і хоча б одному з них строку, передбаченого ч. 6 ст. 156 КПК України, виявилося недостатньо для ознайомлення з матеріалами справи, то зазначене подання може бути внесено стосовно того обвинуваченого або тих обвинувачених, які ознайомилися з матеріалами справи, якщо не є необхідність у застосуванні до нього або до них взяття під варту і відсутні підстави для обрання іншого запобіжного заходу.

При поверненні судом справи прокуророві на додаткове розслідування строк тримання обвинуваченого під вартою обчислюється з моменту надходження справи прокурору і не може перевищувати двох місяців. Подальше продовження зазначеного строку проводиться з урахуванням часу перебування обвинуваченого під вартою до направлення справи до суду.

У разі закінчення строку тримання під вартою як запобіжного заходу, передбаченого частинами 1 і 2 ст. 156 КПК України, якщо цей строк не продовжено у встановленому КПК України порядку, орган дізнання, слідчий, прокурор зобов'язаний негайно звільнити особу з-під варти.

Начальник місця досудового ув'язнення зобов'язаний негайно звільнити з-під варти обвинуваченого, щодо якого постанова судді про продовження строку тримання під вартою на день закінчення строків тримання під вартою, передбачених частинами 1, 2 і 6 ст. 156 КПК України, не надійшла. При цьому він направляє повідомлення особі чи органу, у провадженні яких перебуває справа, та відповідному прокурору, який здійснює нагляд за розслідуванням.

Постанова про застосування як запобіжного заходу взяття під варту виконується органом, який обрав запобіжний захід. У необхідних випадках орган, що обрав запобіжний захід, вправі доручити виконання постанови органам внутрішніх справ. Один примірник постанови судді або ухвали суду направляється разом з заарештованим у відповідне місце досудового ув'язнення для виконання.

Коли в особи, відносно якої як запобіжний захід обрано взяття під варту, є неповнолітні діти, які залишаються без нагляду, слідчий зобов'язаний негайно внести з цього приводу подання до служби у справах неповнолітніх для вжиття необхідних заходів щодо передачі зазначених неповнолітніх на піклування родичів або влаштування їх в дитячі установи.

Про вжиті заходи слідчий письмово повідомляє прокурора, а також заарештовану особу і копію листа приєднує до справи.

У разі ув'язнення підозрюваного або обвинуваченого слідчий зобов'язаний вжити заходів до охорони майна і житла ув'язненого, якщо майно і житло залишаються без нагляду.

Про арешт підозрюваного або обвинуваченого і його місце перебування слідчий зобов'язаний повідомити його дружину або іншого родича, а також сповістити за місцем його роботи.

Якщо обвинувачений є іноземним громадянином, то постанова про арешт направляється в Міністерство закордонних справ України.

Побачення родичів або інших осіб з заарештованим може дозволити особа або орган, які провадять справу. Тривалість побачення може становити від однієї до чотирьох годин. Побачення може бути дозволено, як правило, не більше одного разу на місяць.

Нагляд командування військової частини за підозрюваним або обвинуваченим, який є військовослужбовцем, полягає у вжитті заходів, передбачених статутами Збройних Сил України, для того, щоб забезпечити належну поведінку та явку підозрюваного або обвинуваченого за викликом особи, що провадить дізнання, слідчого, прокурора, суду. Командування військової частини повідомляється про суть справи, з якої обрано даний запобіжний захід.

Про встановлення нагляду командування військової частини у письмовій формі повідомляє орган, що обрав цей запобіжний захід.

Запобіжний захід у вигляді взяття під варту застосовується лише за вмотивованою постановою судді чи ухвалою суду. Інші запобіжні заходи застосовуються за постановою органу дізнання, слідчого, прокурора, судді або за ухвалою суду.

Заміна одного запобіжного заходу іншим або його скасування здійснюється органом дізнання, слідчим, прокурором, суддею чи судом.

У разі закриття справи, закінчення строку тримання під вартою, якщо цей строк не продовжено в установленому законом порядку, та в інших випадках звільнення особи з-під варти на стадії досудового розслідування здійснюється на підставі постанови органу дізнання чи слідчого, які проводять досудове розслідування у справі, або прокурора, про що вони негайно повідомляють суд, який обрав цей запобіжний захід. Звільнення з-під варти у кримінальних справах, що знаходяться в судовому провадженні, здійснюється лише за рішенням судді або суду.

Запобіжний захід скасовується або змінюється, коли відпаде необхідність у запобіжному заході або в раніше обраному запобіжному заході.

Запобіжний захід, крім взяття особи під варту, обраний прокурором, може бути скасовано або змінено слідчим і органом дізнання лише за згодою прокурора.

Про застосування, скасування чи зміну запобіжного заходу орган дізнання, слідчий, прокурор, суддя виносять постанову, а суд — ухвалу.

У постанові (ухвалі) про застосування чи зміну запобіжного заходу зазначаються прізвище, ім'я та по батькові, вік, місце народження особи, щодо якої застосовується чи змінюється запобіжний захід, вчинений нею злочин, відповідна стаття КК України, обраний запобіжний захід і підстави його обрання чи зміни, а також визначається особа чи орган, які повинні здійснювати контроль за виконанням постанови (ухвали). У постанові (ухвалі) про скасування запобіжного заходу повинні бути зазначені підстави для його скасування.

Постанова або ухвала негайно оголошуються під розписку особі, щодо якої вона винесена. Одночасно особі роз'яснюються порядок і строки оскарження постанови або ухвали.

При оголошенні постанови про обрання запобіжних заходів, не пов'язаних з триманням під вартою, особі під розписку повинно бути роз'яснено, в чому полягає обраний запобіжний захід, обов'язки, які покладаються на неї у зв'язку з його застосуванням. Особа також попереджається, що у разі порушення покладених на неї обов'язків та її неналежної поведінки до неї може бути застосовано більш суворий запобіжний захід.

На стадії досудового розслідування справи запобіжний захід, не пов'язаний із триманням під вартою, обирає орган дізнання, слідчий, прокурор.

Якщо орган дізнання, слідчий вважає, що є підстави для обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, він вносить за згодою прокурора подання до суду. Таке ж подання вправі внести прокурор. При вирішенні цього питання прокурор зобов'язаний ознайомитися з усіма матеріалами, що дають підстави для взяття під варту, перевірити законність одержання доказів, їх достатність для обвинувачення.

Подання має бути розглянуто протягом 72 годин з моменту затримання підозрюваного чи обвинуваченого.

Якщо в поданні ставиться питання про взяття під варту особи, яка перебуває на волі, суддя вправі своєю постановою дати дозвіл на затримання підозрюваного, обвинуваченого і доставку його в суд під вартою. Затримання в цьому випадку не може продовжуватися більше 72 годин; а в разі коли особа перебуває за межами населеного пункту, в якому діє суд, — не більше 48 годин з моменту доставки затриманого в цей населений пункт.

Після одержання подання суддя вивчає матеріали кримінальної справи, представлені органами дізнання, слідчим, прокурором, допитує підозрюваного чи обвинуваченого, а за необхідності бере пояснення в особи, у провадженні якої перебуває справа, вислуховує думку прокурора, захисника, якщо він з'явився, і виносить постанову:

1) про відмову в обранні запобіжного заходу, якщо для його обрання немає підстав;

2) про обрання підозрюваному, обвинуваченому запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

Відмовивши в обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, суд вправі обрати підозрюваному, обвинуваченому запобіжний захід, не пов'язаний із триманням під вартою.

На постанову судді до апеляційного суду прокурором, підозрюваним, обвинуваченим, його захисником чи законним представником протягом 3 діб з дня її винесення може бути подана апеляція. Подача апеляції не зупиняє виконання постанови судді.

Якщо для обрання затриманому запобіжного заходу необхідно додатково вивчити дані про особу затриманого чи з'ясувати інші обставини, які мають значення для прийняття рішення з цього питання, то суддя вправі продовжити затримання до десяти, а за клопотанням підозрюваного, обвинуваченого — до п'ятнадцяти діб, про що виноситься постанова. У разі, коли така необхідність виникне при вирішенні цього питання щодо особи, яка не затримувалася, суддя вправі відкласти його розгляд на строк до десяти діб і вжити заходів, спроможних забезпечити на цей період її належну поведінку або своєю постановою затримати підозрюваного, обвинуваченого на цей строк.

За відсутності підстав для зміни запобіжного заходу чи у разі неможливості закінчення розслідування справи в частині доведеного обвинувачення, слідчий за погодженням з відповідним прокурором або прокурор звертається до суду з поданням про продовження строку тримання під вартою. У поданні зазначаються причини, у зв'язку з якими необхідно продовжити строк, обставини та факти, що належить дослідити, докази, які підтверджують, що злочин вчинено особою, яка тримається під вартою, і обґрунтування необхідності збереження цього запобіжного заходу.

Подання про продовження строку тримання особи під вартою повинно бути подане до суду:

1) при продовженні строку тримання під вартою до чотирьох місяців — не пізніш як за п'ять діб до закінчення строку тримання особи під вартою;

2) при продовженні строку тримання під вартою до дев'яти місяців — не пізніше п'ятнадцяти діб до закінчення строку тримання під вартою;

3) при продовженні строку тримання під вартою до вісімнадцяти місяців — не пізніше двадцяти діб до закінчення строку тримання під вартою;

4) при продовженні строку тримання під вартою для ознайомлення обвинуваченого та його захисника з матеріалами кримінальної справи — не пізніш як за п'ять діб до закінчення граничного строку тримання під вартою.

Одержавши подання, суддя вивчає матеріали кримінальної справи, за необхідності опитує обвинуваченого, особу, у провадженні якої перебуває справа, вислуховує думку прокурора, захисника, якщо він з'явився, після чого залежно від наявності до того підстав виносить постанову про продовження строку тримання під вартою, за винятком випадку, передбаченого ч. 7 ст. 156 цього Кодексу, або відмовляє у його продовженні.

На постанову судді до апеляційного суду прокурором, підозрюваним, обвинуваченим, його захисником чи законним представником протягом трьох діб з дня її винесення може бути подана апеляція. Подача апеляції не зупиняє виконання постанови судді. Постанови судді апеляційного і Верховного Суду України оскарженню не підлягають, на них не може бути внесено подання прокурора.

8.5. Клопотання адвоката на досудовому слідстві. Оскарження постанов слідчого про відмову у задоволенні клопотання.

Досудове слідство провадиться у всіх справах, за винятком справ про злочини, визначені Кодексом і по яких досудове слідство провадиться у випадках, коли злочин вчинено неповнолітнім чи особою, яка через свої фізичні або психічні вади не може сама здійснювати своє право на захист, а також коли це визнає за необхідне прокурор чи суд.

Досудове слідство провадиться:

—слідчими прокуратури;

—слідчими органів внутрішніх справ;

—слідчими органів Служби безпеки України;

—слідчими податкової міліції.

Якщо під час розслідування кримінальної справи буде встановлено інші зло чини, вчинені особою, щодо якої ведеться слідство, або іншою особою, якщо во ни пов'язані зі злочинами, вчиненими особою, щодо якої ведеться слідство, і які не підслідні тому органу, який здійснює у справі досудове слідство, то у разі не можливості виділення цих матеріалів в окреме провадження прокурор, який здійснює нагляд за досудовим слідством, своєю постановою визначає підслідність всіх цих злочинів. »

Досудове слідство провадиться лише після порушення кримінальної справи. Слідчий зобов'язаний негайно приступити до провадження слідства в порушеній ним чи переданій йому справі. Коли справа порушена слідчим і прийнята ним до свого провадження, то складається єдина постанова про порушення справи і прийняття її до свого провадження. У разі прийняття до свого провадження раніше порушеної справи слідчий виносить окрему постанову про прийняття справи до свого провадження.

Копію постанови про прийняття справи до свого провадження слідчий протягом доби надсилає прокуророві.

При провадженні досудового слідства всі рішення про спрямування слідства і про провадження слідчих дій слідчий приймає самостійно, за винятком випадків, коли законом передбачено одержання згоди від суду (судді) або прокурора, і несе повну відповідальність за їх законне і своєчасне проведення.

У разі незгоди слідчого з вказівками прокурора про притягнення як обвинуваченого, про кваліфікацію злочину і обсяг обвинувачення, про направлення справи для віддання обвинуваченого до суду або про закриття справи слідчий вправі подати справу вищестоящому прокуророві з письмовим викладом своїх заперечень. В цьому разі прокурор або скасовує вказівки нижчестоящого прокурора, або доручає провадження слідства в цій справі іншому слідчому.

Слідчий по розслідуваних ним справах вправі давати органам дізнання доручення і вказівки про провадження розшукних та слідчих дій і вимагати від органів дізнання допомоги при провадженні окремих слідчих дій. Такі доручення і вказівки слідчого є для органів дізнання обов'язковими.

В справах, в яких досудове слідство є обов'язковим, слідчий вправі в будь-який момент приступити до провадження досудового слідства.

Постанови слідчого, винесені відповідно до закону в кримінальній справі, яка перебуває в його провадженні, є обов'язковими для виконання всіма підприємствами, установами і організаціями, посадовими особами і громадянами.

При проведенні різних слідчих дій слідчий вправі використовувати машинопис, звукозапис, стенографування та кінозйомку і відеозапис.

Начальник слідчого відділу здійснює контроль за своєчасністю дій слідчих по розкриттю злочинів і запобіганню їм, вживає заходів до найбільш повного, всебічного і об'єктивного провадження досудового слідства в кримінальних справах.

Начальник слідчого відділу має право перевіряти кримінальні справи, давати вказівки слідчому про провадження досудового слідства, про притягнення як обвинуваченого, про кваліфікацію злочину та обсяг обвинувачення, про направлення справи, про провадження окремих слідчих дій, передавати справу від одного слідчого іншому, доручати розслідування справи декільком слідчим, а також брати участь у провадженні досудового слідства та особисто провадити досудове слідство, користуючись при цьому повноваженнями слідчого.

Вказівки начальника слідчого відділу в кримінальній справі даються слідчому у письмовій формі і є обов'язковими для виконання.

Вказівки прокурора в кримінальних справах, які дані відповідно до правил, встановлених КПК України, обов'язкові для начальника слідчого відділу. Оскарження цих вказівок вищестоящому прокуророві не зупиняє їх виконання.

Слідчий вправі затримати і допитати особу, підозрювану у вчиненні злочину.

Затримання підозрюваного у вчиненні злочину співробітника кадрового складу розвідувального органу України при виконанні ним службових обов'язків здійснюється тільки в присутності офіційних представників цього органу.

Досудове слідство провадиться в тому районі, де вчинено злочин. Коли місце вчинення злочину невідоме, а також з метою найбільш швидкого і повного розслідування його, слідство може провадитися за місцем виявлення злочину або за місцем перебування підозрюваного, обвинуваченого, або за місцем перебування більшості свідків чи за визначенням прокурора.

Слідчий, встановивши, що дана справа йому не підслідна, зобов'язаний провести всі невідкладні дії, після чого передає справу прокуророві для направлення її за підслідністю.

Спір про підслідність між слідчими в межах одного й того ж району розв'язує районний прокурор, між слідчими транспортної прокуратури, що діє на правах районної або міської прокуратури, — транспортний прокурор, який діє на правах районного, міського прокурора.

Спір про підслідність між слідчими різних районів Автономної Республіки Крим, області розв'язує прокурор Автономної Республіки Крим, прокурор області, між слідчими різних транспортних прокуратур, що діють на правах районних, міських прокуратур, — транспортний прокурор, який діє на правах прокурора області, між слідчими різних районів міста — прокурор міста Києва, міський прокурор або їх заступники.

Якщо справу порушено в декількох районах або містах різних областей, спір про підслідність розв'язує Генеральний прокурор України або його заступник.

Слідчий має право провадити слідчі дії в інших слідчих районах і вправі доручити провадження цих дій відповідному слідчому або органу дізнання, які зобов'язані це доручення виконати в десятиденний строк.

У межах міста або району, хоча б поділеного на кілька слідчих дільниць, слідчий зобов'язаний особисто провадити всі слідчі дії.

Якщо розслідування особливо складної справи доручається декільком слідчим, то про це зазначається в постанові про порушення справи або виноситься окрема постанова. Один з цих слідчих призначається старшим, він приймає справу до свого провадження і безпосередньо керує діями інших слідчих.

Постанова про призначення в справі декількох слідчих оголошується обвинуваченому.

Досудове слідство у кримінальних справах повинно бути закінчено протягом двох місяців. В цей строк включається час з моменту порушення справи до направлення її прокуророві з обвинувальним висновком чи постановою про передачу справи до суду для розгляду питання про застосування примусових заходів медичного характеру або до закриття чи зупинення провадження в справі. Цей строк може бути продовжено районним, міським прокурором, військовим прокурором армії, флотилії, з'єднання, гарнізону та прирівняним до них прокурором у разі неможливості закінчити розслідування — до трьох місяців.

В особливо складних справах строк досудового слідства, встановлений ч. 1 ст. 120 КПК України, може бути продовжено прокурором Автономної Республіки Крим, прокурором області, прокурором міста Києва, військовим прокурором округу, флоту і прирівняним до них прокурором або їх заступниками на підставі мотивованої постанови слідчого — до шести місяців.

Далі продовжувати строк досудового слідства можуть лише у виняткових випадках Генеральний прокурор України або його заступники.

При поверненні судом справи для провадження додаткового слідства, а також відновленні закритої справи строк додаткового слідства встановлюється прокурором, який здійснює нагляд за слідством, в межах одного місяця з моменту прийняття справи до провадження. Дальше продовження зазначеного строку провадиться на загальних підставах.

Правила, викладені вище, не поширюються на справи, в яких не встановлено особу, що вчинила злочин. Перебіг строку слідства в таких справах починається з дня встановлення особи, яка вчинила злочин.

Конституційність положення КПК України щодо можливості продовження строку досудового слідства лише у виняткових випадках визнано таким, що відповідає Конституції України (є конституційним), згідно з Рішенням Конституційного Суду України від 30.01.2003 р. № 3-рп/2003. Предметом розгляду

Конституційним Судом України у цій справі була перевірка на відповідність Конституції України (конституційність) положень ч. 3 ст. 120 КПК України щодо невизначеності граничного строку досудового слідства, а також положень ч. 6 ст. 234, ч. 3 ст. 236 КПК України, які унеможливлюють розгляд судом на стадії досудового слідства скарг на постанови слідчого та прокурора про порушення кримінальної справи щодо певної особи і про притягнення як обвинуваченого.

Вирішуючи питання щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення ч. 3 ст. 120 КПК України, яке не визначає граничного строку (тривалості строків) досудового слідства, Конституційний Суд України виходив з такого. Відповідно до п. 14 ч. 1 ст. 92 Конституції України, судочинство, організація і діяльність прокуратури, органів дізнання і слідства, а, відтак і строки досудового слідства визначаються виключно законами. У КПК України ці строки встановлено ст. 120, яка передбачає:

—досудове слідство у кримінальних справах повинно бути закінчено протягом двох місяців; цей строк може бути продовжено районним, міським прокурором, військовим прокурором армії, флотилії, з'єднання, гарнізону та прирівняним до них прокурором у разі неможливості закінчити розслідування — до трьох місяців (частина перша);

—в особливо складних справах строк досудового слідства, встановлений ч. 1 цієї статті, може бути продовжено прокурором Автономної Республіки Крим, прокурором області, прокурором м. Києва, військовим прокурором округу, флоту і прирівняним до них прокурором або їх заступниками на підставі мотивованої постанови слідчого — до шести місяців (частина друга);

—далі продовжувати строк досудового слідства можуть лише у виняткових випадках Генеральний прокурор України або його заступники (частина третя).

Таким чином, законом встановлено загальне правило — досудове слідство повинно бути закінчено протягом двох місяців, а продовження цього строку є винятком з цього правила. Додержання строків слідства є однією з умов виконання завдань швидкого і повного розкриття злочинів.

Строки досудового слідства відповідно до міжнародних договорів України повинні бути розумними. Статтею 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 р. передбачено, що кожен має право при розгляді будь-якого пред'явленого йому кримінального обвинувачення бути судимим без невиправданої затримки (підпункт «с» п. 3).

Згідно з п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 р., кожен при вирішенні питання щодо його цивільних прав та обов'язків або при встановленні обґрунтованості будь-якого кримінального обвинувачення, висунутого проти нього, має право на справедливий і відкритий розгляд упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом.

Поняття «розумний строк досудового слідства» є оціночним, тобто таким, що визначається у кожному конкретному випадку з огляду на сукупність усіх обставин вчинення і розслідування злочину (злочинів). Визначення розумного строку досудового слідства залежить від багатьох факторів, включаючи обсяг і складність справи, кількість слідчих дій, число потерпілих та свідків, необхідність проведення експертиз та отримання висновків тощо.

Але за будь-яких обставин строк досудового слідства не повинен перевищувати меж необхідності. Досудове слідство повинно бути закінчено у кожній справі без порушення права на справедливий судовий розгляд і права на ефективний засіб захисту, що передбачено статтями 6, 13 Конвенції про захист прав людини та основних свобод.

Отже, Конституційний Суду України дійшов висновку, що підстав для визнання таким, що не відповідає Конституції України (неконституційним), положення ч. 3 ст. 120 КПК України про можливість продовження строку досудового слідства лише у виняткових випадках немає.

Дані досудового слідства можна оголосити лише з дозволу слідчого або прокурора і в тому обсягу, в якому вони визнають можливим.

У необхідних випадках слідчий попереджає свідків, потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, захисника, експерта, спеціаліста, перекладача, понятих, а також інших осіб, які присутні при провадженні слідчих дій, про обов'язок не розголошувати без його дозволу даних досудового слідства. Винні в розголошенні даних досудового слідства несуть кримінальну відповідальність за ст. 387 КК України.

При провадженні обшуку, виїмки, огляду, пред'явленні осіб і предметів для впізнання, відтворенні обстановки і обставин події, опису майна обов'язкова присутність не менше двох понятих. До участі у проведенні освідування поняті можуть бути залучені у разі, якщо слідчий визнає це за необхідне. Як поняті запрошуються особи, не заінтересовані в справі. Понятими не можуть бути потерпілий, родичі підозрюваного, обвинуваченого і потерпілого, працівники органів дізнання і досудового слідства. Поняті, присутні при провадженні зазначених вище слідчих дій, засвідчують своїми підписами відповідність записів у протоколі виконаним діям. Зауваження понятого з приводу проведених слідчих дій підлягають обов'язковому занесенню до протоколу. За наявності відповідних підстав поняті мають право на забезпечення безпеки шляхом застосування заходів, передбачених законами України.

У необхідних випадках для участі у проведенні слідчої дії може бути залучений спеціаліст, який не заінтересований в результатах справи. Виклик слідчим спеціаліста є обов'язковим для керівника підприємства, установи чи організації, де працює спеціаліст. Спеціаліст зобов'язаний: з'явитися на виклик; брати участь у проведенні слідчої дії, використовуючи свої спеціальні знання і навики для сприяння слідчому у виявленні, закріпленні та вилученні доказів; звертати увагу слідчого на обставини, пов'язані з виявленням та закріпленням доказів; давати пояснення з приводу спеціальних питань, які виникають при проведенні слідчої дії. Спеціаліст вправі: звертатися з дозволу слідчого із запитаннями до осіб, які беруть участь у проведенні слідчої дії; робити заяви, пов'язані з виявленням, закріпленням і вилученням доказів. Спеціаліст за наявності відповідних підстав має право на забезпечення безпеки шляхом застосування заходів, передбачених законами України. Перед початком слідчої дії, в якій бере участь спеціаліст, слідчий пересвідчується в особі та компетентності спеціаліста, з'ясовує його стосунки з обвинуваченим і потерпілим та роз'яснює спеціалістові його права і обов'язки. Про виконання слідчим цих вимог зазначається у протоколі слідчої дії. В разі відмови або ухилення спеціаліста від виконання своїх обов'язків слідчий повідомляє про це адміністрацію підприємства, установи чи організації за місцем роботи спеціаліста або громадську організацію для відповідного реагування.

Клопотання підозрюваного, обвинуваченого, його **захисника,** а також потерпілого і його представника, цивільного позивача, цивільного відповідача або їх представників про виконання будь-яких слідчих дій слідчий зобов'язаний розглянути в строк не більше трьох діб і задовольнити їх, якщо обставини, про встановлення яких заявлені клопотання, мають значення для справи. Про результати розгляду клопотання повідомляється особа, яка заявила клопотання. Про повну або часткову відмову в клопотанні складається мотивована постанова.

Про рішення, прийняті слідчим або прокурором під час провадження досудового слідства у випадках, зазначених у Кримінально-процесуальному кодексі, а також у випадках, коли це визнає за необхідне слідчий або прокурор, складається мотивована постанова. У постанові зазначається місце і час її складання, посада особи, що виносить постанову, її прізвище, справа, в якій провадиться слідство, і обґрунтування прийнятого рішення, а також стаття Кодексу, на підставі якої прийнято рішення.

8.6. Докази у кримінальній справі. Права адвоката зі збирання та подання відомостей про факти, що можуть бути використані як докази у справі, і збирання ним таких відомостей.

При провадженні досудового слідства, дізнання і розгляді кримінальної справи в суді підлягають доказуванню:

1) подія злочину (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення злочину);

2) винність обвинуваченого у вчиненні злочину і мотиви злочину;

3) обставини, що впливають на ступінь тяжкості злочину, а також обставини, що характеризують особу обвинуваченого, пом'якшують та обтяжують покарання;

4) характер і розмір шкоди, завданої злочином, а також розмір витрат закладу охорони здоров'я на стаціонарне лікування потерпілого від злочинного діяння.

Доказами в кримінальній справі є всякі фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку орган дізнання, слідчий і суд встановлюють наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, винність особи, яка вчинила це діяння, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи.

Ці дані встановлюються: показаннями свідка, показаннями потерпілого, показаннями підозрюваного, показаннями обвинуваченого, висновком експерта, речовими доказами, протоколами слідчих і судових дій, протоколами з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, та іншими документами.

Особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор і суд в справах, які перебувають в їх провадженні, вправі викликати в порядку, встановленому КПК України, будь-яких осіб як свідків і як потерпілих для допиту або як експертів для дачі висновків; вимагати від підприємств, установ, організацій, посадових осіб і громадян пред'явлення предметів і документів, які можуть встановити необхідні в справі фактичні дані; вимагати проведення ревізій, вимагати від банків інформацію, яка містить банківську таємницю, щодо юридичних та фізичних осіб у порядку та обсязі, встановлених Законом України «Про банки і банківську діяльність». Виконання цих вимог є обов'язковим для всіх громадян, підприємств, установ і організацій.

Докази можуть бути подані підозрюваним, обвинуваченим, його захисником, обвинувачем, потерпілим, цивільним позивачем, цивільним відповідачем і їх представниками, а також будь-якими громадянами, підприємствами, установами і організаціями.

У передбачених законом випадках особа, яка проводить дізнання, слідчий, прокурор і суд в справах, які перебувають в їх провадженні, вправі доручити підрозділам, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, провести оперативно-розшукові заходи чи використати засоби для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі.

Суд, прокурор, слідчий і особа, яка провадить дізнання, оцінюють докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному і об'єктивному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності, керуючись законом.

Ніякі докази для суду, прокурора, слідчого і особи, яка провадить дізнання, не мають наперед встановленої сили.

Речовими доказами є предмети, які були знаряддям вчинення злочину, зберегли на собі сліди злочину або були об'єктом злочинних дій, гроші, цінності та інші речі, нажиті злочинним шляхом, і всі інші предмети, які можуть бути засобами для розкриття злочину і виявлення винних або для спростування обвинувачення чи пом'якшення відповідальності.

Речові докази повинні бути уважно оглянуті, по можливості сфотографовані, докладно описані в протоколі огляду і приєднані до справи постановою особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора або ухвалою суду. Речові докази зберігаються при справі, за винятком громіздких предметів, які зберігаються в органах дізнання, досудового слідства і в суді або передаються для зберігання відповідному підприємству, установі чи організації.

При передачі справи від одного органу дізнання чи досудового слідства до іншого, направленні справи прокуророві чи до суду, а так само при передачі справи з одного суду до іншого речові докази передаються разом із справою.

В окремих випадках речові докази можуть бути до вирішення справи в суді повернуті їх володільцям, якщо це можливо без шкоди для успішного провадження в справі.

Речові докази зберігаються до набрання вироком законної сили або до закінчення строку оскарження постанови чи ухвали про закриття справи.

Документи — речові докази повинні зберігатися весь час при справі, а заінтересованим особам, підприємствам, установам і організаціям за їх клопотанням видаються копії цих документів.

У тих випадках, коли виникає спір про право власності на предмети, які є речовими доказами, вони зберігаються поки набере законної сили рішення суду, винесене по даному спору в порядку цивільного судочинства.

Речові докази, які можуть швидко зіпсуватися і які не можуть бути повернуті володільцеві, негайно здаються відповідним державним або кооперативним організаціям для реалізації. Коли потім виникне необхідність у поверненні речових доказів, то організації, які їх одержали, повертають взамін такі самі речі або сплачують їх вартість по державних цінах, що існують в момент повернення.

Питання про речові докази вирішується вироком, ухвалою чи постановою суду або постановою органу дізнання, слідчого, прокурора про закриття справи, при цьому:

1) знаряддя злочину, що належать обвинуваченому, конфіскуються;

2) речі, вилучені з обігу, передаються відповідним установам або знищуються;

3) речі, які не мають ніякої цінності і не можуть бути використані, знищуються, а у випадках, коли заінтересовані особи просять про це, можуть бути передані їм;

4) гроші, цінності та інші речі, нажиті злочинним шляхом, передаються в дохід держави;

5) гроші, цінності та інші речі, які були об'єктом злочинних дій, повертаються їх законним володільцям, а якщо їх не встановлено, то ці гроші, цінності та речі переходять у власність держави.

Спір про належність речей, що підлягають поверненню, вирішується в порядку цивільного судочинства.

Протоколи слідчих і судових дій, складені і оформлені в порядку, передбаченому КПК України, носії інформації, на яких з допомогою технічних засобів

зафіксовані процесуальні дії, є джерелом доказів, оскільки в них підтверджуються обставини і факти, що мають значення для вирішення справи.

Документи є джерелом доказів, якщо в них викладені або засвідчені обставини, які мають значення для справи.

8.7. Судова експертиза як доказ у кримінальній справі. Робота адвоката з експертами та експертизою.

Експертиза призначається у випадках, коли для вирішення певних питань при провадженні в справі потрібні наукові, технічні або інші спеціальні знання.

Як експерт може бути викликана будь-яка особа, що має необхідні знання для дачі висновку з досліджуваних питань. Питання, які ставляться експертові, і його висновок по них не можуть виходити за межі спеціальних знань експерта.

Експерт дає висновок від свого імені і несе за нього особисту відповідальність. У разі необхідності в справі може бути призначено декількох експертів, які дають загальний висновок. Коли експерти не дійшли згоди, то кожний з них складає свій висновок окремо.

Висновок експерта для особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора і суду не є обов'язковим, але незгода з ним повинна бути мотивована у відповідних постанові, ухвалі, вироку.

Якщо експертиза буде визнана неповною або не досить ясною, може бути призначена додаткова експертиза, яка доручається тому самому або іншому експертові.

Коли висновок експерта буде визнано необґрунтованим чи таким, що суперечить іншим матеріалам справи або інакше викликає сумніви в його правильності, може бути призначена повторна експертиза, яка доручається іншому експертові або іншим експертам.

Не можуть бути експертами особи, які перебувають у службовій або іншій залежності від обвинуваченого, потерпілого або які раніше були ревізорами в справі.

Експертиза призначається обов'язково:

1) для встановлення причин смерті;

2) для встановлення тяжкості і характеру тілесних ушкоджень;

3) для визначення психічного стану підозрюваного або обвинуваченого при наявності в справі даних, які викликають сумнів щодо його осудності;

4) для встановлення статевої зрілості потерпілої в справах про злочини, передбачені ст. 155 КК України;

5) для встановлення віку підозрюваного або обвинуваченого, якщо це має значення для вирішення питання про його кримінальну відповідальність і якщо про це немає відповідних документів і неможливо їх одержати.

Особа, яка призначена експертом, зобов'язана з'явитися за викликом і дати правильний висновок на поставлені запитання.

За злісне ухилення від явки до суду, до органів досудового слідства або дізнання експерт несе відповідальність відповідно за ч. 2 ст. 185^3 або ст. 185^4 КпАП, а за дачу завідомо неправдивого висновку або за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків — відповідно за статтями 384 чи 385 КК України.

Експерт має право: ознайомлюватися з матеріалами справи, які стосуються експертизи; порушувати клопотання про представлення нових матеріалів, необхідних для дачі висновку; з дозволу особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора або суду бути присутнім при провадженні допитів та інших слідчих дій

і задавати особам, що допитуються, запитання, які стосуються експертизи, а за наявності відповідних підстав — на забезпечення безпеки.

Якщо питання, поставлене перед експертом, виходить за межі його компетенції або якщо надані йому матеріали недостатні для дачі висновку, експерт у письмовій формі повідомляє орган, що призначив експертизу, про неможливість дати висновок.

При необхідності проведення експертизи слідчий складає мотивовану постанову, в якій вказує підстави для проведення експертизи, прізвище експерта або назву установи, експертам якої доручається провести експертизу, питання, з яких експерт повинен дати висновок, об'єкти, які мають бути досліджені, а також перелічує матеріали, що пред'являються експертові для ознайомлення.

Коли експертиза проводиться не в експертній установі, слідчий, упевнившись в особі експерта, вручає йому копію постанови про призначення експертизи, роз'яснює обов'язки і права і попереджає його про кримінальну відповідальність за ст. 385 ЮС України за відмову від виконання покладених на нього обов'язків, а також про відповідальність за ст. 384 КК України за дачу завідомо неправдивого висновку. Про виконання цих дій слідчий складає протокол, в якому зазначає відомості про особу експерта, його компетентність у певній галузі знань і зроблені ним заяви.

Коли експертиза проводиться в експертній установі, експерт зазначає у вступній частині висновку, що він попереджений про кримінальну відповідальність за дачу завідомо неправдивого висновку, і стверджує це своїм підписом.

При призначенні і проведенні експертизи обвинувачений має право:

1) заявити відвід експертові;

2) просити про призначення експерта з числа вказаних ним осіб;

3) просити про постановку перед експертизою додаткових питань;

4) давати пояснення експертові;

5) пред'являти додаткові документи;

6) ознайомлюватися з матеріалами експертизи і висновком експерта після закінчення експертизи;

7) заявляти клопотання про призначення нової або додаткової експертизи.

Обвинуваченому за його клопотанням слідчий може дозволити бути присутнім при проведенні експертом окремих досліджень і давати пояснення. Слідчий повинен ознайомити обвинуваченого з постановою про призначення експертизи і роз'яснити йому його права, про що складається протокол з дотриманням вимог ст. 85 КПК України.

Постанова про призначення судово-психіатричної експертизи не оголошується обвинуваченому в тих випадках, коли його психічний стан робить це неможливим.

У випадках, коли експертиза призначається до притягнення особи як обвинуваченого, правила вищезазначеної статті застосовуються до підозрюваного у вчиненні злочину.

Одержавши постанову про призначення експертизи, керівник експертної установи доручає проведення експертизи одному або декільком експертам. Ці експерти дають висновок від свого імені і несуть за нього особисту відповідальність.

У разі потреби слідчий має право винести постанову про вилучення або відібрання зразків почерку та інших зразків, необхідних для експертного дослідження. Про відібрання зразків складається протокол.

Зразки зберігаються за правилами зберігання речових доказів.

Після проведення необхідних досліджень експерт складає висновок, в якому повинно бути зазначено: коли, де, ким (прізвище, освіта, спеціальність, учений

ступінь і звання, посада експерта), на якій підставі була проведена експертиза, хто був присутній під час проведення експертизи, питання, що були поставлені експертові, які матеріали експерт використав та які провів дослідження, мотивовані відповіді на поставлені питання. Коли у ході проведення експертизи експерт виявить факти, які мають значення для справи і з приводу яких йому не були поставлені питання, він вправі на них вказати у своєму висновку. Висновок підписується експертом.

Ознайомившись з висновком експерта, слідчий має право допитати експерта з метою одержання роз'яснення або доповнення висновку. Про допит експерта складається протокол.

Матеріали експертизи пред'являються обвинуваченому. Про пред'явлення обвинуваченому матеріалів експертизи слідчий складає протокол, в якому зазначає пояснення, зауваження та заперечення обвинуваченого і його клопотання. Питання про задоволення клопотання обвинуваченого вирішує слідчий. У випадках, коли експертиза проведена до притягнення особи як обвинуваченого, матеріали експертизи пред'являються підозрюваному у вчиненні злочину.

Слідчий мотивованою постановою може призначити додаткову або повторну експертизу.

Коли у справі є дані, які дають підстави вважати, що обвинувачений під час учинення суспільно небезпечного діяння був у неосудному або обмежено осудному стані, а також, коли він вчинив злочин в осудному стані, але після вчинення злочину захворів психічною хворобою, яка позбавляє його можливості усвідомлювати свої дії або керувати ними, слідчий для визначення психічного стану обвинуваченого призначає судово-психіатричну експертизу.

Якщо у процесі проведення судово-медичної або судово-психіатричної експертизи виникає необхідність тривалого спостереження за обвинуваченим або дослідження його, суд за поданням слідчого, погодженого з прокурором, поміщає його у відповідний медичний заклад, про що виносить постанову.

Подання розглядається на постанову судді прокурором, обвинуваченим, його захисником чи законним представником протягом 3 діб може бути подана апеляція до апеляційного суду. Подання апеляції не зупиняє виконання постанови судді.

8.8. Допит як спосіб доказування. Ведення адвокатом допиту в суді підсудного, потерпілих, свідків, експертів, спеціалістів.

Як свідок може бути викликана кожна особа, про яку є дані, що їй відомі обставини, які стосуються справи.

Свідок може бути допитаний про обставини, які підлягають встановленню щодо даної справи, в тому числі про факти, що характеризують особу обвинуваченого або підозрюваного, та його взаємовідносини з ними.

Не можуть бути доказами дані, повідомлені свідком, джерело яких невідоме. Якщо показання свідка базуються на повідомленнях інших осіб, то ці особи повинні бути також допитані.

Не можуть бути допитані як свідки:

1) адвокати та інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, нотаріуси, лікарі, психологи, священнослужителі — з приводу того, що їм довірено або стало

відомо при здійсненні професійної діяльності, якщо вони не звільнені від обов'язку зберігати професійну таємницю особою, що довірила їм ці відомості;

2) захисник підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, представник потерпілого, позивача, відповідача — про обставини, які стали їм відомі при наданні юридичної допомоги підзахисним або довірителем;

3) особи, які згідно з висновком судово-психіатричної чи судово-медичної експертизи через свої фізичні або психічні вади не можуть правильно сприймати факти, що мають доказове значення, і давати показання про них;

4) свідок, який дає показання під псевдонімом, — щодо дійсних даних про його особу;

5) особа, яка має відомості про дійсні дані про свідка, який дає показання під псевдонімом, — щодо цих даних.

Відмовитися давати показання як свідки мають право:

1) члени сім'ї, близькі родичі, усиновлені, усиновителі підозрюваного, обвинуваченого, підсудного;

2) особа, яка своїми показаннями викривала б себе, членів сім'ї, близьких родичів, усиновленого, усиновителя у вчиненні злочину.

Не можуть без їх згоди бути допитані як свідки особи, які мають право дипломатичної недоторканності, а також працівники дипломатичних представництв — без згоди дипломатичного представника.

Дізнавач, слідчий, прокурор і суд перед допитом осіб, зазначених вище, зобов'язані роз'яснити їм право відмовитись давати показання, про що зазначається у протоколі допиту чи у протоколі судового засідання.

Свідок має право:

1) давати показання рідною мовою або іншою мовою, якою він вільно володіє, і користуватися допомогою перекладача;

2) заявляти відвід перекладачу;

3) знати, у зв'язку з чим і у якій справі він допитується;

4) власноручно викладати свої показання у протоколі допиту;

5) користуватися нотатками і документами при дачі показань у тих випадках, коли показання стосуються будь-яких розрахунків та інших даних, які йому важко тримати у пам'яті;

6) відмовитися давати показання щодо себе, членів сім'ї та близьких родичів;

7) знайомитися з протоколом допиту і клопотати про внесення до нього змін, доповнень і зауважень, власноручно робити такі доповнення і зауваження;

8) подавати скарги прокурору на дії дізнавача і слідчого;

9) одержувати відшкодування витрат, пов'язаних з викликом для дачі показань.

У разі наявності відповідних підстав свідок має право на забезпечення безпеки шляхом застосування заходів, передбачених законом.

Особа, викликана органом дізнання, слідчим, прокурором або судом як свідок, зобов'язана-з'явитися в зазначені місце і час та дати правдиві показання про відомі їй обставини у справі.

Якщо свідок не з'явиться без поважних причин, орган дізнання, слідчий, прокурор або суд мають право застосувати привід через органи внутрішніх справ.

Суд вправі також накласти на свідка грошове стягнення до половини мінімального розміру заробітної плати. Питання про грошове стягнення вирішується судом у судовому засіданні при розгляді справи, з якої свідок викликався. Воно може бути вирішено в іншому судовому засіданні з викликом цього свідка. Його неявка без поважних причин не перешкоджає розглядові питання про накладення грошового стягнення.

За дачу завідомо неправдивих показань свідок несе кримінальну відповідальність за ст. 384 КК України (завідомо неправдиве показання свідка чи потерпілого або завідомо неправдивий висновок експерта під час провадження дізнання, досудового слідства, здійснення виконавчого провадження або проведення розслідування тимчасовою слідчою чи тимчасовою спеціальною комісією Верховної Ради України або в суді, а також завідомо неправильний переклад, зроблений перекладачем у таких самих випадках, — караються виправними роботами на строк до 2 років або арештом на строк до 6 місяців, або обмеженням волі на строк до 2 років).

За злісне ухилення від явки до суду, до органів досудового слідства або дізнання свідок несе відповідальність відповідно до ч. 1 ст. 185^3 (неповага до суду, що виразилася у злісному ухиленні від явки в суд свідка, потерпілого, позивача, відповідача або в непідкоренні зазначених осіб та інших громадян розпорядженню головуючого чи у порушенні порядку під час судового засідання, а так само вчинення будь-ким дій, які свідчать про явну зневагу до суду або встановлених у суді правил, — тягнуть за собою накладення штрафу від 6 до 12 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або адміністративний арешт на строк до 15 діб) або ст. 185^4 КпАП (злісне ухилення свідка, потерпілого, експерта, перекладача від явки до органів досудового слідства або дізнання — тягне за собою накладення штрафу від 3 до 8 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, а за відмову дати показання про відомі обставини у справі — за ст. 385 КК України (відмова свідка від давання показань або відмова експерта чи перекладача без поважних причин від виконання покладених на них обов'язків у суді або під час провадження досудового слідства, здійснення виконавчого провадження, розслідування тимчасовою слідчою чи тимчасовою спеціальною комісією Верховної Ради України чи дізнання — караються штрафом від 50 до 300 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців. Не підлягає кримінальній відповідальності особа за відмову давати показання під час провадження дізнання, досудового слідства або в суді щодо себе, а також членів її сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом).

Потерпілий зобов'язаний з'явитися за викликом особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора і суду. Потерпілий може бути допитаний про обставини, які підлягають встановленню у даній справі, в тому числі про факти, що характеризують особу обвинуваченого або підозрюваного, та його взаємовідносини з ними. Не можуть бути доказами повідомлені потерпілим дані, джерело яких невідоме.

Якщо потерпілий не з'явиться без поважних причин, орган дізнання, слідчий, прокурор або суд мають право застосовувати привід.

За злісне ухилення від явки до суду, до органів досудового слідства або дізнання потерпілий несе відповідальність відповідно за ч. 1 ст. 185^3 або ст. 185^4 КпАП, а за дачу завідомо неправдивих показань — за ст. 384 КК України.

Підозрюваний вправі давати показання з приводу обставин, що стали підставою для його затримання або застосування запобіжного заходу, а також з приводу всіх інших відомих йому обставин у справі. Показання підозрюваного підлягають перевірці. Визнання підозрюваним своєї вини може бути покладено в основу обвинувачення лише за умови підтвердження цього визнання сукупністю доказів, що є у справі.

Обвинувачений вправі давати показання щодо пред'явленого йому обвинувачення, а також з приводу всіх інших відомих йому обставин у справі і доказів, що є в справі. Показання обвинуваченого, в тому числі й такі, в яких він визнає себе винним, підлягають перевірці. Визнання обвинуваченим своєї вини може бути

покладено в основу обвинувачення лише за умови підтвердження цього визнання сукупністю доказів, що є в справі.

Свідок викликається до слідчого повісткою, яка вручається під розписку свідкові, а в разі його тимчасової відсутності — кому-небудь з дорослих членів його сім'ї, житлово-експлуатаційній організації, виконавчому комітету селищної або сільської Ради народних депутатів чи адміністрації за місцем його роботи. Свідок може бути викликаний також телеграмою або телефонограмою.

В повістці повинно бути зазначено, хто викликається як свідок, куди і до кого, день і час явки, наслідки неявки. Неповнолітній свідок викликається через законних представників.

Свідка можна допитувати про факти, які стосуються даної справи, а також про особу підозрюваного або обвинуваченого та потерпілого. Свідок допитується в місці провадження досудового слідства, а в разі необхідності — в місці його перебування.

Свідок допитується окремо і за відсутності інших свідків. При цьому слідчий вживає заходів до того, щоб свідки, викликані в одній справі, не могли зноситися між собою до закінчення допиту.

Перед допитом слідчий встановлює особу свідка, повідомляє його, в якій справі він викликаний, і попереджає про обов'язок розповісти все відоме йому в справі, а також про кримінальну відповідальність за відмову дати показання і за дачу завідомо неправдивих показань. Потім слідчий з'ясовує стосунки між свідком і підозрюваним або обвинуваченим, а також потерпілим і починає допит. Після того як свідок закінчить дачу показань, слідчий ставить йому запитання. Забороняється ставити запитання, у формулюванні яких міститься відповідь, частина відповіді або підказка до неї (навідні запитання).

Допит неповнолітнього свідка віком до 14 років, а за розсудом слідчого — віком до 16 років проводиться за загальними правилами, але у присутності педагога, а за необхідності — лікаря, батьків чи інших законних представників неповнолітнього.

До початку допиту зазначеним особам роз'яснюється їх обов'язок бути присутніми під час допиту, а також право викладати свої зауваження і з дозволу слідчого задавати свідкові запитання. Запитання, поставлені свідкові законними представниками, педагогом або лікарем, і їх зауваження заносяться до протоколу. Слідчий вправі відвести поставлене запитання, але відведене запитання повинно бути занесене до протоколу.

Свідкові, який не досяг 16-річного віку, роз'яснюється його обов'язок говорити тільки правду, але про кримінальну відповідальність за відмову від дачі показань та за завідомо неправдиві показання він не попереджається.

Допит німого або глухого свідка проводиться за участю особи, яка його розуміє. Про участь цієї особи у допиті свідка зазначається в протоколі.

Про допит свідка складається протокол з дотриманням правил, зазначених у відповідних положеннях Кодексу. Крім того, у протоколі допиту вказуються: прізвище, ім'я та по батькові свідка, його вік, громадянство, національність, освіта, місце роботи, рід занять або посада, місце проживання, а також відомості про його стосунки з обвинуваченим і потерпілим.

У протоколі зазначається, що свідкові роз'яснені його права, обов'язки і відповідальність за відмову давати показання і за дачу завідомо неправдивих показань. Показання свідка та відповіді на поставлені йому запитання викладаються в першій особі і за можливості дослівно.

Свідкові, коли він про це просить, може бути надана можливість особисто написати свої показання у присутності слідчого, про що зазначається в протоколі.

По закінченні допиту слідчий пред'являє свідкові протокол для прочитання. За проханням свідка протокол може бути йому прочитаний слідчим. Свідок і особи, які були присутні під час допиту, мають право просити про внесення доповнень і поправок у протокол. Ці доповнення і поправки заносяться слідчим до протоколу.

Протокол підписують свідок, слідчий і особи, що були присутні під час допиту. Якщо протокол написаний на декількох сторінках, свідок підписує кожну сторінку окремо.

Допит потерпілого проводиться з дотриманням загальних вимог. Перед початком допиту слідчий попереджає потерпілого про кримінальну відповідальність за дачу завідомо неправдивих показань за ст. 384 КК України. Після цього слідчий з'ясовує стосунки між потерпілим і підозрюваним або обвинуваченим і пропонує потерпілому розповісти про все відоме йому в справі. Забороняється ставити запитання, у формулюванні яких міститься відповідь, частина відповіді або підказка до неї (навідні запитання). Про допит потерпілого складається протокол.

8.9. Адвокат — представник потерпілого, цивільного позивача та відповідача у кримінальній справі. Цивільний позов у кримінальній справі.

Особа, яка зазнала матеріальної шкоди від злочину, вправі у провадженні в кримінальній справі пред'явити до обвинуваченого або до осіб, що несуть матеріальну відповідальність за дії обвинуваченого, цивільний позов, який розглядається судом разом з кримінальною справою.

Закриття справи з підстав, зазначених у статтях 7 (внаслідок зміни обстановки вчинене особою діяння втратило суспільну небезпечність або підсудний перестав бути суспільно небезпечною особою) і 71 (дійове каяття, примирення обвинуваченого, підсудного з потерпілим; застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру, передача особи на поруки колективу підприємства, установи чи організації, закінчення строків давності) КПК України, не звільняє особу від обов'язку відшкодувати в установленому законом порядку матеріальні збитки, завдані нею державним, громадським організаціям або громадянам.

Цивільний позов може бути пред'явлений як під час досудового слідства і дізнання, так і під час судового розгляду справи, але до початку судового слідства. Відмова у позові в порядку цивільного судочинства позбавляє позивача права пред'являти той же позов у кримінальній справі.

Особа, яка не пред'явила цивільного позову в кримінальній справі, а також особа, цивільний позов якої залишився без розгляду, має право пред'явити його в порядку цивільного судочинства.

Цивільний позивач і цивільний відповідач при розгляді цивільного позову в кримінальній справі або позову про відшкодування матеріальних збитків, завданих особою, щодо якої справу закрито з підстав, зазначених у статтях 7 і 71 КПК України, звільняються від сплати державного мита.

За наявності достатніх даних про те, що злочином завдана матеріальна шкода або понесеш витрати закладом охорони здоров'я на стаціонарне лікування потерпілого від злочину, орган дізнання, слідчий, прокурор і суд зобов'язані вжити заходів до забезпечення цивільного позову.

Прокурор пред'являє або підтримує поданий потерпілим цивільний позов про відшкодування збитків, заподіяних злочином, якщо цього вимагає охорона інте-

ресів держави, а також громадян, які за станом здоров'я та з інших поважних причин не можуть захистити свої права.

У провадженні в кримінальній справі про злочин, за який може бути застосована додаткова міра покарання у вигляді конфіскації майна, орган дізнання, слідчий, прокурор зобов'язані вжити заходів до забезпечення можливої конфіскації майна обвинуваченого.

Потерпілим визнається особа, якій злочином заподіяно моральну, фізичну або майнову шкоду. Про визнання громадянина потерпілим чи про відмову в цьому особа, яка провадить дізнання, слідчий і суддя виносять постанову, а суд — ухвалу. Громадянин, визнаний потерпілим від злочину, вправі давати показання у справі. Потерпілий і його представник мають право: подавати докази; заявляти клопотання; знайомитися з усіма матеріалами справи з моменту закінчення досудового слідства, а у справах, в яких досудове слідство не провадилося, — після призначення справи до судового розгляду; брати участь у судовому розгляді; заявляти відводи; подавати скарги на дії особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора і суду, а також подавати скарги на вирок або ухвали суду і постанови народного судді, а за наявності відповідних підстав — на забезпечення безпеки.

У випадках, визначених Кодексом, потерпілий має право під час судового розгляду особисто або через свого представника підтримувати обвинувачення. Потерпілий може брати участь у судових дебатах.

У справах про злочини, внаслідок яких сталася смерть потерпілого, права, вказані вище, мають його близькі родичі.

Цивільним позивачем визнається громадянин, підприємство, установа чи організація, які зазнали матеріальної шкоди від злочину і пред'явили вимогу про відшкодування збитків. Про визнання цивільним позивачем чи про відмову в цьому особа, яка провадить дізнання, слідчий, суддя виносять постанову, а суд — ухвалу.

Цивільний позивач або його представник мають право: подавати докази; заявляти клопотання; брати участь у судовому розгляді; просити орган дізнання, слідчого і суд про вжиття заходів до забезпечення заявленого ним позову; підтримувати цивільний позов; ознайомлюватися з матеріалами справи з моменту закінчення досудового слідства, а у справах, в яких досудове слідство не провадилось, — після призначення справи до судового розгляду; заявляти відводи; подавати скарги на дії особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора і суду, а також подавати скарги на вирок або ухвали суду в частині, що стосується цивільного позову, а за наявності відповідних підстав — на забезпечення безпеки.

Цивільний позивач зобов'язаний на вимогу органу дізнання, слідчого, прокурора і суду пред'являти всі необхідні документи, пов'язані з заявленим позовом.

Як цивільних відповідачів може бути притягнуто батьків, опікунів, піклувальників або інших осіб, а також підприємства, установи та організації, які в силу закону несуть матеріальну відповідальність за шкоду, завдану злочинними діями обвинуваченого. Про притягнення як цивільного відповідача особа, яка провадить дізнання, слідчий, суддя виносять постанову, а суд — ухвалу.

Цивільний відповідач або його представник має право: заперечувати проти пред'явленого позову; давати пояснення по суті пред'явленого позову; подавати докази; заявляти клопотання; ознайомлюватися з матеріалами справи, що стосуються цивільного позову, з моменту закінчення досудового слідства, а у справах, в яких досудове слідство не провадилося, — після призначення справи до судового розгляду; брати участь у судовому розгляді; заявляти відводи; подавати скарги на дії особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора і суду, а також подава-

ти скарги на вирок і ухвали суду в частині, що стосується цивільного позову, а за наявності відповідних підстав — на забезпечення безпеки.

Представниками потерпілого, цивільного позивача і цивільного відповідача можуть бути адвокати, близькі родичі, законні представники, а також інші особи за постановою особи, яка провадить дізнання, слідчого, судді або за ухвалою суду.

Коли цивільним позивачем або цивільним відповідачем є підприємство, установа чи організація, то представниками їх інтересів можуть бути спеціально уповноважені ними на те особи.

Зазначені вище представники користуються процесуальними правами осіб, інтереси яких вони представляють.

Представником потерпілого, цивільного позивача і цивільного відповідача не може бути особа, яка брала участь у цій справі як слідчий або особа, що провадила дізнання, прокурор, громадський обвинувач, суддя, секретар судового засідання, експерт, спеціаліст, захисник, особа, яка допитувалась або підлягає допиту як свідок, а також особа, що є родичем кого-небудь зі складу суду або обвинувача.

Адвокат не може брати участі у справі як представник потерпілого, цивільного позивача і цивільного відповідача також і за обставин, зазначених у ст. 61 КПК України, тобто захисником не може бути особа:

1) яка брала участь у даній справі як дізнавач, слідчий, прокурор, суддя, секретар судового засідання, експерт, спеціаліст, перекладач, понятий, представник потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача;

2) яка є свідком і у зв'язку з цим допитувалась або піддягає допиту;

3) яка є родичем особи, яка провадить дізнання, слідчого, прокурора, будь-кого із складу суду, потерпілого, цивільного позивача;

4) щодо якої порушено кримінальну справу;

5) визнана недієздатною чи обмежено дієздатною.

Особа не може брати участь у справі як захисник також у випадках:

1) коли вона у даній справі надає або раніше надавала юридичну допомогу особі, інтереси якої суперечать інтересам особи, яка звернулася з проханням про надання юридичної допомоги;

2) у разі зупинення дії свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю або права на надання правової допомоги чи його анулювання у порядку, встановленому законодавчими актами України.

Одна і та ж особа не може бути захисником двох і більше підозрюваних, обвинувачених чи підсудних, якщо інтереси захисту одного з них суперечать інтересам захисту іншого.

Не може бути захисником особа, яка, зловживаючи своїми правами, перешкоджає встановленню істини у справі, затягує розслідування чи судовий розгляд справи, а також особа, яка порушує порядок у судовому засіданні чи не виконує розпоряджень головуючого під час судового розгляду справи.

За наявності цих обставин особа повинна відмовитися від виконання обов'язків представника потерпілого, цивільного позивача або цивільного відповідача в даній справі. На цих самих підставах вона може бути усунута від участі у справі слідчим, прокурором або судом.

8.10. Закриття кримінальної справи. Порядок та підстави для оскарження постанов про закриття кримінальної справи. Діяльність адвоката у закритих кримінальних справах.

Стаття 6 КПК України закріплює обставини, що виключають провадження в кримінальній справі. Так, кримінальну справу не може бути порушено, а порушена справа підлягає закриттю:

1) за відсутності події злочину;

2) за відсутності в діянні складу злочину;

3) внаслідок акта амністії, якщо він усуває застосування покарання за вчинене діяння, а також у зв'язку з помилуванням окремих осіб;

4) щодо особи, яка не досягла на час вчинення суспільно небезпечного діяння 11-річного віку;

5) за примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим у справах, які порушуються не інакше як за скаргою потерпілого;

6) за відсутності скарги потерпілого, якщо справу може бути порушено не інакше як за його скаргою, крім випадків, коли прокуророві надано право порушувати справи і за відсутності скарги потерпілого;

7) щодо померлого, за винятком випадків, коли провадження у справі є необхідним для реабілітації померлого або відновлення справи щодо інших осіб за нововиявленими обставинами;

8) щодо особи, про яку є вирок за тим самим обвинуваченням, що набрав законної сили, або ухвала чи постанова суду про закриття справи з тієї ж підстави;

9) щодо особи, про яку є нескасована постанова органу дізнання, слідчого, прокурора про закриття справи за тим самим обвинуваченням;

10) якщо про відмову в порушенні справи за тим самим фактом є нескасована постанова органу дізнання, слідчого, прокурора.

Закриття справи внаслідок акта амністії, якщо він усуває застосування покарання за вчинене діяння, а також у зв'язку з помилуванням окремих осіб, не допускається, якщо обвинувачений проти цього заперечує. В цьому разі провадження у справі продовжується в звичайному порядку.

За наявності підстав, зазначених у ст. 48 КК України (особу, яка вперше вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості, може бути звільнено від кримінальної відповідальності, якщо буде визнано, що на час розслідування або розгляду справи в суді внаслідок зміни обстановки вчинене нею діяння втратило суспільну небезпечність або ця особа перестала бути суспільно небезпечною), у справах, які надійшли до суду з обвинувальним висновком, суд у судовому засіданні виносить постанову про закриття справи.

Крім того, провадження в кримінальній справі може бути закрито судом у зв'язку:

1) з дійовим каяттям;

2) з примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим;

3) із застосуванням до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру;

4) з передачею особи на поруки колективу підприємства, установи чи організації;

5) із закінченням строків давності.

До направлення кримінальної справи до суду особі повинно бути роз'яснено сутність обвинувачення, підставу звільнення від кримінальної відповідальності і право заперечувати проти закриття справи з цієї підстави.

Направлення кримінальної справи до суду з підстав, зазначених вище, не допускається, якщо обвинувачений, підсудний проти цього заперечує. В цьому разі провадження у справі продовжується в звичайному порядку.

За наявності підстав, зазначених у ст. 45 КК України (особа, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона після вчинення злочину щиро покаялася, активно сприяла розкриттю злочину і повністю відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду), у справах, які надійшли до суду з обвинувальним висновком, суд у судовому засіданні виносить постанову про закриття справи.

Слідчий, встановивши у кримінальній справі, що суспільно небезпечне діяння вчинене особою у віці від 11 років і до виповнення віку, з якого можлива кримінальна відповідальність, виносить мотивовану постанову про закриття справи та застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру. Справа разом з постановою направляється прокурору.

Неповнолітньому, щодо якого винесено постанову, а також його батькам або особам, що їх замінюють, перед направленням справи прокурору надається можливість ознайомитись з усіма матеріалами справи, при цьому вони мають право користуватися послугами захисника.

Слідчий, встановивши у кримінальній справі, що суспільно небезпечне діяння вчинене дитиною, яка не досягла 11-річного віку, виносить постанову про закриття справи, про що повідомляє прокурора і службу у справах неповнолітніх за місцем проживання дитини.

За наявності підстав, зазначених у ст. 46 КК України (особа, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона примирилася з потерпілим та відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду), у справах, які надійшли до суду з обвинувальним висновком, суд у судовому засіданні виносить постанову про закриття справи.

За наявності підстав, зазначених у ч. 1 ст. 97 КК України (неповнолітнього, який вперше вчинив злочин невеликої тяжкості, може бути звільнено від кримінальної відповідальності, якщо його виправлення можливе без застосування покарання. У цих випадках суд застосовує до неповнолітнього примусові заходи виховного характеру), у справах, які надійшли до суду з обвинувальним висновком, суд у судовому засіданні виносить постанову про закриття справи.

За наявності підстав, зазначених у ст. 47 КК України (особу, яка вперше вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості та щиро покаялася, може бути звільнено від кримінальної відповідальності з передачею її на поруки колективу підприємства, установи чи організації за їхнім клопотанням за умови, що вона протягом року з дня передачі її на поруки виправдає довіру колективу, не ухилятиметься від заходів виховного характеру та не порушуватиме громадського порядку), у справах, які надійшли до суду з обвинувальним висновком, суд у судовому засіданні виносить постанову про закриття справи.

Суд у судовому засіданні за наявності підстав, передбачених ч. 1 ст. 49 КК України (особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо з дня вчинення нею злочину і до дня набрання вироком законної сили минули такі строки: 1) 2 роки — у разі вчинення злочину невеликої тяжкості, за який передбачене покарання менш суворе, ніж обмеження волі; 2) 3 роки — у разі вчинення злочину невеликої тяжкості, за який передбачене покарання у виді обмеження або позбавлення волі; 3) 5 років — у разі вчинення злочину середньої тяжкості; 4) 10 років — у разі вчинення тяжкого злочину; 5) 15 років — у разі вчинення особливо тяжкого злочину), закриває кримінальну справу у зв'язку із закінчен-

ням строків давності у випадках, коли справа надійшла до суду з обвинувальним висновком.

Питання про застосування давності до особи, що вчинила особливо тяжкий злочин, за який згідно з законом може бути призначено довічне позбавлення волі, вирішується судом. Якщо суд не визнає за можливе застосувати давність, довічне позбавлення волі не може бути призначено і заміняється позбавленням волі на певний строк.

У вирішенні питання про закриття кримінальної справи або у разі застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру суд зобов'язаний з'ясувати думку потерпілого і в разі закриття справи повідомити про це потерпілого та його представника. Потерпілий або його представник можуть оскаржити рішення про закриття справи в апеляційному порядку.

Закриття справи також є однією з форм закінчення досудового слідства. Досудове слідство закінчується складанням обвинувального висновку або постанови про закриття справи чи постанови про направлення справи до суду для вирішення питання про застосування примусових заходів медичного характеру.

Досудове слідство закінчується закриттям кримінальної справи:

1) за наявності однієї з таких підстав:

—за відсутності події злочину;

—за відсутності в діянні складу злочину;

—внаслідок акта амністії, якщо він усуває застосування покарання за вчинене діяння, а також у зв'язку з помилуванням окремих осіб;

—щодо особи, яка не досягла на час вчинення суспільно небезпечного діяння 11-річного віку;

—за примирення обвинуваченого, підсудного з потерпілим у справах, які порушуються не інакше як за скаргою потерпілого;

—за відсутності скарги потерпілого, якщо справу може бути порушено не інакше як за його скаргою, крім випадків, коли прокуророві надано право порушувати справи і за відсутності скарги потерпілого;

—щодо померлого, за винятком випадків, коли провадження у справі є необхідним для реабілітації померлого або відновлення справи щодо інших осіб за нововиявленими обставинами;

—щодо особи, про яку є вирок за тим самим обвинуваченням, що набрав законної сили, або ухвала чи постанова суду про закриття справи з тієї ж підстави;

—щодо особи, про яку є нескасована постанова органу дізнання, слідчого, прокурора про закриття справи за тим же обвинуваченням;

—якщо про відмову в порушенні справи за тим же фактом є нескасована постанова органу дізнання, слідчого, прокурора;

2) за недоведеності участі обвинуваченого у вчиненні злочину.

Слідчий закриває справу мотивованою постановою, в якій зазначає: відомості про особу обвинуваченого, суть справи, підстави для закриття справи, рішення про скасування запобіжного заходу і заходів із забезпечення цивільного позову та можливої конфіскації майна, а також рішення в питанні про речові докази.

Якщо розслідуванням встановлено факти, які вимагають застосування заходів громадського або дисциплінарного впливу чи адміністративного стягнення щодо особи, яка притягалась як обвинувачений, або щодо інших осіб, слідчий, закриваючи кримінальну справу, доводить ці факти до відома громадської організації, товариського суду, трудового колективу або адміністрації підприємства, установи, організації для вжиття відповідних заходів впливу або надсилає матеріали справи до суду для застосування заходів адміністративного стягнення.

Копія постанови про закриття справи надсилається прокуророві, особі, що притягалася до кримінальної відповідальності, особі, за заявою якої була порушена справа, а також потерпілому та цивільному позивачеві.

Постанова слідчого про закриття справи може бути оскаржена прокуророві в 7-денний строк з дня одержання письмового повідомлення або копії постанови про закриття справи.

Особа, щодо якої провадилося слідство, має право оскаржити цю постанову в частині, яка стосується підстав і мотивів закриття справи.

В разі закриття справи через смерть обвинуваченого близькі родичі і громадські організації вправі з метою реабілітації померлого просити про доведення досудового слідства до кінця.

В разі оскарження постанови слідчого про закриття справи прокурор знайомиться зі справою і не пізніше ЗО днів з дня надходження скарги скасовує постанову про закриття справи і відновлює досудове слідство або залишає скаргу без задоволення, про що повідомляє особі, яка подавала скаргу.

Постанову прокурора, слідчого і органу дізнання про відмову в порушенні кримінальної справи може бути оскаржено особою, інтересів якої вона стосується, або її представником до суду.

Досудове слідство в закритій справі може бути відновлене у межах установлених строків давності притягнення до кримінальної відповідальності постановою прокурора, начальника слідчого відділу, а у випадках, передбачених Кодексом, — постановою судді.

Оскарження постанови слідчого про закриття кримінальної справи має відбуватись з урахуванням вимог, що встановленні до порядку оскарження будь-яких дій слідчого. Так, відповідно до ст. 234 КПК України, дії слідчого можуть бути оскаржені прокуророві як безпосередньо, так і через слідчого. Скарги можуть бути як письмові, так і усні. Усні скарги прокурор або слідчий заносить до протоколу.

Слідчий зобов'язаний протягом доби направити прокуророві скаргу, що надійшла до нього, разом зі своїми поясненнями.

Подача скарги не зупиняє виконання дії, яка оскаржується, коли це не визнає за потрібне слідчий або прокурор.

Дії слідчого можуть бути оскаржені до суду. Скарги на дії слідчого розглядаються судом першої інстанції при попередньому розгляді справи або при розгляді її по суті, якщо інше не передбачено Кодексом.

Прокурор протягом трьох днів після одержання скарги зобов'язаний розв'язати її і повідомити про результати скаржника. Скаргу і копію повідомлення про результати її розв'язання приєднують до справи. Відмова у задоволенні скарги повинна бути мотивована. Рішення прокурора може бути оскаржене вищестоящому прокуророві.

Скарга на дії прокурора щодо проведення ним досудового слідства або окремих слідчих дій у справі подається вищестоящому прокуророві. Дії прокурора можуть бути оскаржені до суду. Скарги на дії прокурора розглядаються судом першої інстанції за переднього розгляду справи або розгляду її по суті, якщо інше не передбачено цим Кодексом.

Постанова органу дізнання, слідчого, прокурора про закриття кримінальної справи може бути оскаржена особою, інтересів якої вона стосується, або її представником до районного (міського) суду за місцерозташуванням органу або роботи посадової особи, яка винесла постанову, протягом семи днів з дня отримання її копії чи повідомлення прокурора про залишення скарги на цю постанову без задоволення.

Скарга на постанову органу дізнання, слідчого, прокурора про закриття справи розглядається суддею одноособово не пізніше п'яти днів, а у разі складності справи — десяти днів з дня надходження закритої справи до суду.

Суддя витребує справу, знайомиться з нею, а в разі необхідності заслуховує пояснення особи, яка подала скаргу на постанову.

Про час розгляду скарги суддя повідомляє прокурора і особу, що подала скаргу, які вправі взяти участь у її розгляді та висловити свої доводи. Під час розгляду скарги ведеться протокол судового засідання.

Розглянувши скаргу, суддя залежно від того, чи були у закритті справи виконані вимоги Кодексу, приймає одне з таких рішень:

1) залишає скаргу без задоволення;

2) скасовує постанову про закриття справи і направляє справу прокурору для відновлення слідства або дізнання.

Скасовуючи постанову про закриття справи і направляючи справу прокурору для відновлення досудового слідства або дізнання, суддя вказує, які обставини належить з'ясувати при проведенні досудового розслідування.

На постанову судді прокурором, особою, яка подала скаргу, протягом семи діб з дня її винесення може бути подана апеляція до апеляційного суду.

Копія постанови судді надсилається особі, яка прийняла рішення про закриття справи, особі, що подала скаргу на постанову, і прокурору, який відмовив у поновленні досудового слідства або дізнання.

8.11. Захист неповнолітніх у кримінальному процесі.

Відповідь на це питання доцільно розпочати з посилання на Лист Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України «Судова практика у справах про злочини неповнолітніх і втягнення їх у злочинну діяльність», в якому наголошується про значення профілактики злочинності серед неповнолітніх процесуальної діяльності судів, що здійснюють провадження у кримінальних справах. Ефективні правові заходи, які суди застосовують щодо неповнолітніх, можуть реально сприяти попередженню вчинення підлітками нових злочинів та їх виправленню. Здійснюючи правосуддя, суди повинні забезпечити захист гарантованих Конституцією України прав і свобод як підсудного неповнолітнього, так й інших учасників процесу.

Порядок провадження у справах про злочини неповнолітніх, як передбачено ст. 432 КПК України, визначається загальними правилами КПК України для провадження кримінальних справ і, крім того, додатковими нормами, викладеними у главі 36 КПК України «Особливості провадження в справах про злочини неповнолітніх». У зазначеній главі містяться норми, якими передбачено підвищення захищеності прав неповнолітніх у кримінальному судочинстві.

У багатьох країнах світу (США, Великобританії, Бельгії, Франції, Німеччині та ін.), на відміну від України, судочинство у справах про злочини неповнолітніх здійснюється спеціалізованими судами різних модифікацій. Діяльність таких судів для неповнолітніх оцінюється вченими-юристами досить високо.

Правосуддя щодо неповнолітніх має бути складовою процесу національного розвитку кожної країни. Відповідно до ст. 9 Конституції, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Тому суди повинні враховувати вимоги міжнародних правових актів, зокрема тих, які стосуються здійснення правосуддя щодо неповнолітніх. У міжнародно-правових актах наголошується на необхідності особливого захисту дітей та підлітків. Україною було підписано міжна-

родний договір від 29 листопада 1985 р., за яким вона взяла на себе зобов'язання виконувати Мінімальні стандартні правила ООН, що стосуються здійснення правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила»). У пр. 2.1 зазначених Правил підкреслюється необхідність неупередженого їх застосування.

В іншому важливому міжнародному документі — Конвенції про права дитини, прийнятій 44-ю сесією Генеральної Асамблеї ООН у 1989 р. і ратифікованій Верховною Радою України 27 лютого 1991 р. (далі — Конвенція), міститься гуманне положення щодо застосування до неповнолітнього міри запобіжного заходу. Відповідно до ст. 37 Конвенції, «арешт, затримання чи тюремне ув'язнення дитини здійснюється згідно з законом та використовується лише як крайній захід і протягом якомога більш короткого відповідного періоду часу».

Основні напрями державної політики України стосовно дітей і заходи щодо її реалізації центральними та місцевими органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, організаціями, суспільними інститутами були визначені в Національній програмі «Діти України» (затверджена Указом Президента від 18 січня 1996 р. № 63/96; далі — Національна програма). Серед її основних завдань — здійснення заходів щодо профілактики злочинності, наркоманії, алкоголізму і куріння серед дітей.

Виконання основних положень Національної програми у 1996-2000 рр. активізувало процеси практичного розв'язання проблем поліпшення становища дітей і виконання положень Конвенції, а також сприяло деякому поліпшенню стану профілактики підліткової злочинності. З метою вирішення нагальних питань щодо покращання становища дітей і захисту їхніх прав Указом Президента України від 24 січня 2001 р. № 42/2001 «Про додаткові заходи щодо забезпечення виконання Національної програми «Діти України» на період до 2005 року» були передбачені відповідні заходи. Соціальна політика стосовно дітей у 2001-2005 рр. спрямовувалась насамперед на зменшення впливу на них негативних явищ, які виникають під час реформування суспільства. Незважаючи на певні позитивні зрушення — зменшення кількості зареєстрованих злочинів, вчинених неповнолітніми, — рівень злочинності серед підлітків залишається високим. Так, у 2002 р. засуджено 3 235, або 16,1 % від неповнолітніх, які раніше вчиняли злочини і притягалися до кримінальної відповідальності. Апеляційні суди областей відмічають негативну тенденцію до послаблення контролю з боку міліції та комісій у справах неповнолітніх за поведінкою засуджених, які були звільнені від відбування покарання з випробуванням. Ситуація зі злочинністю у дитячому середовищі вимагає удосконалення профілактичної роботи, пошуку ефективних форм взаємодії всіх заінтересованих організацій, діяльність яких спрямована на запобігання втягненню підлітків у протиправну діяльність.

Законом України від 24 січня 1995 р. «Про органи і служби у справах неповнолітніх та спеціальні установи для неповнолітніх», виходячи з положень Конституції України та Конвенції, визначено правові основи діяльності органів і служб у справах неповнолітніх та спеціальних установ для неповнолітніх, на які покладається здійснення соціального захисту і профілактики правопорушень серед осіб, які не досягли 18-річного віку. Цим же Законом (ст. 6) передбачено створення при судах інституту судових вихователів для здійснення контролю за виконанням рішень щодо неповнолітніх, який діє згідно з Положенням, яке затверджується Верховним Судом України, Міністерством юстиції України, Міністерством освіти України. Але такий інститут поки що практично не діє.

Роз'яснення судам з питань застосування законодавства щодо кримінальної відповідальності неповнолітніх надані Пленумом Верховного Суду України у постановах:

а) від 26 червня 1981 р. № 5 (зі змінами) «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх і про втягнення їх у злочинну та іншу антигромадську діяльність» (далі — постанова Пленуму Верхов ного Суду від 26 червня 1981 р. № 5);

б) від 23 грудня 1983 р. № 6 (зі змінами) «Про практику застосування судами України законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у зло чинну та іншу антигромадську діяльність» (далі — постанова Пленуму Верховно го Суду від 23 грудня 1983 р. № 6);

в) від 22 грудня 1995 р. № 21 (зі змінами) «Про практику застосування судами примусових заходів виховного характеру».

З часу прийняття зазначених постанов відбулися значні зміни у правовій сфері. 28 червня 1996 р. прийнято Конституцію України, в якій людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю (ст. 3). Держава гарантує утвердження й забезпечення прав і свобод людини. З 1 вересня 2001 р. набрав чинності новий КК України, значного оновлення зазнав КПК України. Зміни у законодавстві щодо неповнолітніх та поява нових питань, які виникли у судовій практиці, стали підставою для проведення узагальнення судової практики у справах про злочини неповнолітніх і втягнення їх у злочинну діяльність.

Основними причинами скасування та зміни вироків, як зазначила Судова палата з кримінальних справ Верховного Суду України, було порушення прав неповнолітніх на захист, а також призначення підсудним занадто м'якого або суворого покарання, порушення норм КК України у призначенні покарання, однобічність або неповнота досудового чи судового слідства, невідповідність висновків суду фактичним обставинам справи, істотні порушення кримінально-процесуального закону тощо.

Зупинимося на деяких особливостях провадження у справах за участю неповнолітніх, на які звернула увагу Судова палата з кримінальних справ Верховного Суду України.

Так, обставини, що підлягають доказуванню у кримінальній справі, визначаються статтями 64 і 23 КПК України і є загальними для всіх справ, у тому числі й у справах про злочини неповнолітніх. Однією з особливостей провадження у зазначених справах є розширення меж предмета доказування. Тому, крім обставин, встановлення яких є обов'язковим під час провадження кожної кримінальної справи, у справах про злочини неповнолітніх згідно зі ст. 433 КПК України необхідно також з'ясувати: вік неповнолітнього; стан його здоров'я та загального розвитку; характеристику особи, умови життя і виховання неповнолітнього; обставини, що негативно впливали на його виховання; наявність дорослих підмовників та інших осіб, які втягнули неповнолітнього в злочинну діяльність. Невстановлення зазначених обставин свідчить про істотну неповноту провадження у справі. У постанові Пленуму Верховного Суду від 26 червня 1981 р. № 5 зазначено, що в разі, коли не встановлені обставини, передбачені ст. 433 КПК України, і неможливо усунути таку неповноту досудового слідства в судовому засіданні, суд повинен повернути справу на додаткове розслідування.

На судову практику позитивно вплинули зміни, внесені до ст. 246 КПК України Законом від 21 червня 2001 р., про обмеження підстав для повернення справ на додаткове розслідування зі стадії її попереднього розгляду. Наведений у ст. 246 КПК України перелік таких підстав є вичерпним. Тому суд із цієї стадії не може повернути справу на додаткове розслідування, наприклад, з мотивів неповноти дізнання чи досудового слідства, у зв'язку з тим, що обвинувачений після передачі справи до суду зник і місце його перебування невідоме тощо.

Основними причинами повернення справ на додаткове розслідування, за даними апеляційних судів, є: неповнота досудового слідства, для усунення якої потрібне проведення слідчих та розшукових дій, спрямованих на збір нових доказів (обшук, виїмка, відтворення обставин події, розшук свідків, пошук речових доказів); істотне порушення процесуальних прав неповнолітніх; відсутність протоколу огляду місця події, медичного висновку про причину смерті потерпілого; невиконання вимог суду, викладених у попередніх судових рішеннях про повернення справ на додаткове розслідування; порушення права підсудного на захист, у тому числі, коли вимоги КПК України виконані без участі адвоката тощо.

Так, справа щодо неповнолітнього М. та інших, які обвинувачувалися за ч. 2 ст. 17, ч. 2 ст. 140 КК України 1960 р., постановою Дніпровського районного суду м. Херсона направлена на додаткове розслідування через те, що на досудовому слідстві порушено право на захист. Відповідно до вимог ст. 45 КПК України, участь у справі захисника є обов'язковою. Незважаючи на те, що до участі у справі за обвинуваченням неповнолітнього був допущений адвокат, вимоги статей 218-220 КПК України виконані, але без його участі.

У судах мають місце факти тяганини під час розгляду справ щодо неповнолітніх. Відповідно до ст. 40 Конвенції, будь-яке рішення щодо неповнолітнього має невідкладно прийматися компетентним чи судовим органом у ході справедливого слухання згідно із законом.

Судова палата з кримінальних справ Верховного Суду України звернула також увагу на особливості з'ясування обставин про особу неповнолітнього, його вік, стан здоров'я та загальний розвиток. Так, оцінюючи дії неповнолітніх, суди мають зважати на ту обставину, що в цілому неповнолітні за рівнем інтелектуального і вольового розвитку відстають від дорослих. Життєвий досвід у них ще недостатній, а якщо є упущення у вихованні, то вони можуть неправильно оцінювати конкретну ситуацію та обирати лінію поведінки, помилятись у трактуванні змісту таких понять, як сміливість, дорослість, взірець для наслідування. Зважаючи на вікові особливості неповнолітніх, необхідно посилювати їх правову захищеність. Для гарантування правового захисту неповнолітніх на досудовому слідстві і в судовому розгляді законом передбачено спеціальні норми, що встановлюють особливість провадження у цих справах:

1) участь законного представника, який має статус учасника судочинства (ст. 441 КПК України);

2) обов'язкова участь захисника (п. 1 ст. 45 КПК України);

3) доповнення предмета доказування у кримінальній справі (ст. 433 КПК України);

4) виділення справи стосовно неповнолітнього в окреме провадження за наявності в ній дорослих учасників (ст. 439 КПК України);

5) вирішення судом у вироку додаткових питань (ст. 445 КПК України);

6) можливість застосування примусових заходів виховного характеру замість кримінального покарання (ст. 447 КПК України);

7) порядок затримання та взяття від варту як запобіжний захід щодо неповнолітнього (ст. 434 КПК України);

8) порядок виклику неповнолітнього обвинуваченого (ст. 437 КПК України);

9) участь у судовому розгляді справи представників служби у справах неповнолітніх, міліції у справах неповнолітніх (ст. 442 КПК України), підприємств, установ і організацій (ст. 443 КПК України);

10) участь педагога або лікаря, батьків чи інших законних представників у до питі неповнолітнього обвинуваченого, коли йому не виповнилося 16 років або якщо його визнано розумово відсталим (ст. 438 КПК України);

11) видалення неповнолітнього підсудного із залу судового засідання під час дослідження обставин, що можуть вплинути на неповнолітнього (ст. 444 КПК України);

12) порядок пред'явлення обвинувачення і матеріалів справи неповнолітньому та його допит у присутності захисника (статті 438, 440 КПК України).

Велике значення для індивідуалізації особи обвинуваченого (підсудного) у вирішенні питань, пов'язаних із застосуванням до нього кримінального та кримінально-процесуального закону, має з'ясування даних про його вік. Статтею 22 КК України встановлено вік, з якого може настати кримінальна відповідальність за вчинення злочину. Судам слід мати на увазі, що вік неповнолітнього входить до переліку обставин, які відповідно до вимог ст. 433 КПК України необхідно обов'язково з'ясувати. У справах стосовно неповнолітніх орган, який здійснює провадження, зобов'язаний вжити заходів до встановлення точної дати народження (число, місяць, рік) особи, яка притягається до кримінальної відповідальності. При цьому особа вважається такою, яка досягла певного віку, починаючи з наступної доби після дня народження. Дані про вік неповнолітнього мають підтверджуватися свідоцтвом про його народження. За відсутності документа, який підтверджує вік, або є обґрунтовані сумніви щодо оригіналу документа про народження, для встановлення віку обвинуваченого необхідно відповідно до п. 5 ст. 76 КПК України призначити судово-медичну експертизу. У випадках, коли рік народження неповнолітнього встановлюється судово-медичною експертизою, днем народження треба вважати останній день року, зазначеного експертами, а при визначенні ними віку мінімальною і максимальною кількістю років (наприклад, від 14 до 15 років) необхідно виходити із передбачуваного експертизою мінімального віку такої особи. За даними апеляційних судів, у вивчених під час проведення узагальнення справах вік неповнолітніх був установлений за документами про їх народження, якими є свідоцтва про народження; їх копії, додані до справ. У разі відсутності свідоцтва про народження до справи додається копія запису державного органу про народження неповнолітнього.

Відповідно до вимог ст. 433 КПК України, в кожній кримінальній справі щодо неповнолітнього необхідно з'ясувати стан його здоров'я та загального розвитку, а за наявності даних про розумову відсталість неповнолітнього, не пов'язану з душевним захворюванням, має бути також з'ясовано, чи міг він повністю усвідомлювати значення своїх дій і якою мірою міг керувати ними. Дані про стан здоров'я та загального розвитку неповнолітнього можуть впливати на вирішення таких важливих питань, як притягнення його до кримінальної відповідальності, обрання запобіжного заходу, міри покарання та ін.

Для з'ясування стану здоров'я неповнолітнього відповідно до ч. 2 ст. 433 КПК України мають бути допитані як свідки його батьки або особи, які їх замінюють (опікун, піклувальник), про те, чи не хворів неповнолітній тяжкими хворобами, чи немає у нього психічних або фізичних вад, які його здібності щодо логічного мислення, чи не відстає він у розвитку від однолітків. Якщо неповнолітній перебував на обліку у зв'язку з психоневрологічним захворюванням або перебував у лікарні, слід витребувати відповідні медичні документи. За наявності даних про розумову відсталість неповнолітнього відповідно до статей 76 і 433 КПК України має бути призначена судово-психологічна експертиза або комплексна психологічно-психіатрична експертиза. Такі ж рекомендації дано судам постановою Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 р. № 8 «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах». Так, у п. 15 цієї постанови зазна-

чається, що для встановлення рівня загального розвитку неповнолітнього, ступеня його розумової відсталості та для з'ясування питання, чи міг він повністю усвідомлювати значення своїх дій і якою мірою міг керувати ними, може бути проведена відповідно до вимог ст. 433 КПК України судово-психіатрична, психологічна або комплексна психологічно-психіатрична експертиза.

У випадках, коли одержані дані свідчать про розумову відсталість неповнолітнього, не пов'язану з психічним розладом, необхідно з'ясовувати рівень його розумової відсталості порівняно з рівнем розвитку осіб такого ж самого віку. Підліток з розумовим відставанням має менший запас знань і уявлень. Потрібно також з'ясувати, рівню розвитку якого віку відповідає фактичний розвиток неповнолітнього.

До справ про злочини неповнолітніх, як правило, долучаються характеристики зі школи, іншого навчального закладу, з місця проживання, роботи, а також довідки з міліції у справах неповнолітніх і служби у справах неповнолітніх про те, чи перебував неповнолітній на обліку, коли і за які правопорушення його взяли на облік, коли служба у справах неповнолітніх його справу розглядала, чи притягувався він до адміністративної відповідальності тощо.

Під час розгляду кожної справи також необхідно з'ясовувати умови життя і виховання неповнолітнього, тобто встановити факти щодо сімейно-побутових умов, його контактів з оточуючими. Це допомагає виявити безпосередні причини, які спонукали неповнолітнього до вчинення злочину, і зробити висновки, чи злочин є випадковим, чи він зумовлений причинами, які необхідно усунути. Напружені стосунки між батьками дуже негативно впливають на його виховання та поведінку. Судова практика свідчить, що у сім'ї, в якій неповнолітній був свідком пияцтва, злослів'я, бійок між батьками, він засвоює такі самі принципи поведінки і надалі сам починає так ставитися до інших.

Ще одним питанням, на яке звертає увагу Судова палата з кримінальних справ Верховного Суду України, є питання щодо підстав затримання та взяття під варту неповнолітнього. При вирішенні питання про можливість призначення судового розгляду справи про злочини неповнолітніх судам потрібно ретельно перевіряти підстави арешту (взяття під варту) неповнолітнього. Відповідно до ст. 434 КПК України, затримання та взяття під варту як запобіжний захід можуть застосовуватися до неповнолітнього лише у виняткових випадках, коли це зумовлено тяжкістю злочину, у вчиненні якого він звинувачується, за наявності підстав і в порядку, що встановлені статтями 106, 148, 150, 155 і 157 КПК України. Взяття під варту застосовується до неповнолітніх лише за наявності підстав вважати, що інші, менш суворі, запобіжні заходи можуть не забезпечити виконання підозрюваним, обвинуваченим процесуальних обов'язків і його належної поведінки. Згідно з пр. 13.2 «Пекінських правил» утримання під вартою до суду за можливості повинно замінюватись іншими альтернативними заходами. Виходячи з конкретних обставин справи та ступеня тяжкості злочину, з урахуванням відомостей про особу неповнолітнього, умов його життя і виховання, стосунків з батьками, суд на підставі ст. 436 КПК України може передати його під нагляд батьків, опікунів чи піклувальників, а неповнолітнього, який виховується в дитячій установі, — під нагляд адміністрації цієї установи. Проте інколи ці вимоги закону не виконуються і в мотивувальній частині постанови суду не зазначається, чому конкретний випадок взяття під варту неповнолітнього розглядається як винятковий.

У статті 434 КПК України міститься вимога, щоб в обов'язковому порядку були повідомлені батьки чи особи, що їх замінюють, про затримання і взяття під варту неповнолітнього. Але органи досудового слідства інколи не виконують цієї

вимоги і нікого не повідомляють про затримання чи арешт неповнолітнього підозрюваного. Такі випадки відмічено майже в усіх областях України.

В разі безпідставності арешту неповнолітнього суд має негайно скасувати цей запобіжний захід або замінити його іншим. На факти порушення вимог закону щодо взяття під варту неповнолітніх суд повинен реагувати окремими ухвалами (постановами).

Особливу увагу слід звернути на те, ще в Листі детально розглянуто питання щодо участі захисника у справах про злочини неповнолітніх. Так, підкреслюється, що органи досудового слідства і суди відповідно до вимог ст. 59 Конституції в усіх випадках повинні забезпечити право неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на одержання кваліфікованої юридичної допомоги. Враховуючи вікові особливості неповнолітніх, закон надає таким особам можливість користуватися правовою допомогою фахівця. Участь захисника при провадженні досудового слідства і в розгляді кримінальної справи в суді про злочини неповнолітніх є обов'язковою (п. 1 ч. 1 ст. 45 КПК України). Зазначена вимога закону є однією з найважливіших особливостей провадження справ про злочини неповнолітніх. Відповідно до вимог ст. 44 КПК України, як захисники допускаються особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю в Україні, та інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги. Як захисники допускаються також близькі родичі обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, його опікуни або піклувальники, але у випадках і в порядку, передбачених Кримінально-процесуальним кодексом. Захисник бере участь у справі з моменту пред'явлення обвинувачення, а якщо неповнолітнього затримано до пред'явлення обвинувачення як підозрюваного або обрано щодо нього запобіжний захід до пред'явлення обвинувачення — з моменту оголошення неповнолітньому протоколу про затримання або постанови про застосування запобіжного заходу, але не пізніше 24 годин з моменту затримання.

Правильною вбачається пропозиція деяких апеляційних судів та юристів-науковців про те, що з метою посилення гарантій права неповнолітнього на захист доцільно передбачити в новому Кримінально-процесуальному кодексі обов'язкову участь захисника з моменту визнання неповнолітнього підозрюваним — незалежно від того, було його затримано як підозрюваного чи ні, а також виду запобіжного заходу, який до нього застосовано, оскільки незалежно від характеру застосованих заходів процесуального примусу неповнолітній підозрюваний потребує правової допомоги фахівця.

Участь захисника в судовому розгляді є обов'язковою незалежно від того, чи виповнилося підсудному на той час 18 років. Згідно зі ст. 370 КПК України порушення права обвинуваченого на захист є істотним порушенням вимог кримінально-процесуального закону. Порушення вимог ст. 44 КПК України щодо моменту допуску до участі у справі захисника може мати наслідком направлення судом справи прокурору для проведення додаткового досудового слідства (статті 246, 281 КПК України), а при постановленні судом вироку — підставою для скасування такого вироку (п. 3 ст. 370 КПК України) судовою інстанцією вищого рівня.

На практиці суди інколи визнають докази, одержані з порушенням прав неповнолітніх обвинувачених на захист. Дому, готуючи справу до судового розгляду, суд має ретельно перевірити, чи було неповнолітньому надано допомогу захисника на стадії досудового слідства.

При затриманні неповнолітньому має бути роз'яснено його право на побачення із захисником з моменту затримання (ст. 106 КПК України). Відповідно до ст. 21 КПК України, орган досудового слідства, прокурор, суддя і суд зобов'язані

до першого допиту неповнолітнього як підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного роз'яснити йому право мати захисника і обов'язково скласти про це протокол. Отже, згідно зі статтями 21, 43, 431, п. 1 ч. 1 ст. 45 і статтями 48, 106 КПК України неповнолітній підозрюваний або обвинувачений може дати перше пояснення тільки після зустрічі із захисником. Під час допиту такого підозрюваного, обвинуваченого, підсудного присутність захисника є обов'язковою. Неповнолітній згідно зі статтею 46 КПК України може відмовитися від конкретного захисника, але не від здійснення його захисту. У цьому випадку захисника замінюють на іншого у порядку, передбаченому ч. 4 ст. 46 КПК України. Однак на практиці нерідко зазначені вимоги закону з різних причин не виконуються.

Судам слід ретельно перевіряти, чи було роз'яснено підозрюваному, обвинуваченому право на побачення із захисником до першого допиту і чи не був він позбавлений цього. У разі, коли зазначені вимоги закону були порушені і неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого було допитано без участі захисника, то відповідно до п. 5 постанови Пленуму Верховного Суду України від 7 липня 1995 р. № 10 «Про застосування законодавства, яке забезпечує підозрюваному, обвинуваченому, підсудному право на захист» на ці показання не можна посилатись у вироку як на підтвердження винності підсудного у вчиненні злочину.

Відповідно до ч. 5 ст. 44 КПК України, про допуск захисника до участі у справі слідчий повинен виносити постанову. Однак у значній кількості кримінальних справ про злочини неповнолітніх цього не зроблено. Неповнолітнім лише роз'яснювалося право на захист і додавалися документи, що підтверджували повноваження захисника.

Пред'явлення обвинувачення неповнолітньому та його допит мають відбуватися, як зазначено у ст. 438 КПК України, у присутності захисника. Проте органи досудового слідства нерідко порушують ці вимоги закону.

Захисник допускається до участі у справі на будь-якій стадії процесу, а близькі родичі обвинуваченого, його опікуни або піклувальники як захисники — з моменту пред'явлення обвинуваченому матеріалів досудового слідства для ознайомлення. Відповідно до ст. 45 КПК України, участь захисника при провадженні досудового слідства і під час розгляду справи у суді першої інстанції є обов'язковою у справах осіб, які підозрюються або звинувачуються у вчиненні злочину у віці до 18 років, — з моменту визнання особи підозрюваною чи пред'явлення їй обвинувачення. Тому у справах про злочини неповнолітніх близькі родичі обвинуваченого, його опікуни або піклувальники як захисники можуть брати участь у справі лише одночасно із захисником — адвокатом чи іншим фахівцем у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи.

У багатьох випадках підозрювані, обвинувачені, які вчинили злочини у неповнолітньому віці, та їх законні представники через відсутність коштів не в змозі запросити адвоката чи іншого фахівця в галузі права, у зв'язку з чим слідчі призначають захисників. За даними апеляційних судів, переважній більшості кримінальних справ про злочини неповнолітніх, де бере участь захисник за призначенням, за його робота зводиться, як правило, до присутності під час проведення обмеженого кола слідчих дій, де його участь обов'язкова, а також до підписання відповідних процесуальних документів, і лише подекуди — до подання клопотань.

У статті 161 КПК України проголошено змагальність під час кримінального процесу. Але механізм реального забезпечення змагальності у цьому Кодексі не закріплений. Так, сформульоване у ч. 3 ст. 47 КПК України положення про те, що

«особа, яка провадить дізнання, слідчий чи суд можуть призначити захисника у встановленому законом порядку через адвокатське об'єднання», не узгоджується із Законом від 19 грудня 1992 р. «Про адвокатуру». Ні в зазначеному Кодексі, ні в Законі не виписано порядку призначення захисника. У деяких областях адвокати реєструються як такі, що індивідуально займаються адвокатською діяльністю. При цьому суди позбавляються можливості «у встановленому законом порядку» призначити захисника неповнолітньому обвинуваченому. Тому не випадково, що в деяких судах неповнолітніх захищає за призначенням, як правило, один і той самий адвокат. Наприклад, в усіх надісланих Сарненським районним судом Рівненської області справах неповнолітніх захищав за призначенням один адвокат.

У судовій практиці трапляються непоодинокі випадки, коли декількох неповнолітніх без з'ясування можливих суперечностей щодо їх позицій, різних ролей у вчиненні злочинів захищає один і той самий адвокат.

Практичне значення має питання про те, чи повинен захисник брати участь у справах щодо осіб, які вчинили злочин у неповнолітньому віці, а на час провадження дізнання, досудового слідства чи судового розгляду вже досягай 18 років. У пункті 4 постанови Пленуму Верховного Суду від 26 червня 1981 р. № 5 дано відповідне роз'яснення, що участь захисника у справі є обов'язковою, незалежно від того, чи досягла особа на час судового засідання повноліття.

Згідно з даними апеляційних судів багатьох областей, в органах внутрішніх справ поширена практика, коли неповнолітніх, щодо яких порушено кримінальну справу, впродовж досудового слідства до пред'явлення обвинувачення і застосування запобіжного заходу допитували як свідків. При цьому їх попереджали про кримінальну відповідальність за відмову від давання показань і за дачу завідомо неправдивих показань, тобто фактично примушували свідчити проти себе. Таким чином порушувалося право на захист, гарантоване Конституцією і закріплене статтями 43-48 КПК України, в яких йдеться про те, що підозрюваний чи обвинувачений має право відмовитися давати показання, мати захисника і побачення з ним до першого допиту, подавати докази, заявляти клопотання, подавати скарги, а за наявності відповідних підстав — на забезпечення безпеки, на що суди не завжди реагували.

У Листі також приділяється увага питанню щодо участі законного представника. Судам необхідно враховувати, що під час розгляду справ про злочини неповнолітніх бажаною є участь законного представника. За його участі можна більш повно з'ясувати умови життя та виховання неповнолітнього підсудного. Згідно зі ст. 441 КПК України, суди повинні викликати в судове засідання законних представників неповнолітнього, які беруть участь у судовому розгляді справи щодо осіб, котрі не досягли 18-річного віку. Після досягнення підсудним цього віку участь законного представника у справах не є обов'язковою.

За необхідності допитати батьків або інших законних представників неповнолітнього як свідків суд заслуховує їх показання. У цьому випадку законного представника попереджають про кримінальну відповідальність лише за дачу завідомо неправдивих показань.

Виявлено випадки, коли органи досудового слідства призначали неповнолітнім обвинуваченим законних представників, які не є такими, а суди на ці порушення не реагувати. Відповідно до п. 10 ст. 32 КПК України, законними представниками можуть бути батьки, опікуни, піклувальники особи або представники тих установ і організацій, під опікою чи опікуванням яких перебуває неповнолітній обвинувачений.

Законний представник може бути усунутий від участі в судовому розгляді, якщо буде встановлено, що його дії завдають шкоди інтересам неповнолітнього підсудного (ч. 4 ст. 441 КПК України).

З метою забезпечення прав і законних інтересів неповнолітнього та досягнення попереджувальних результатів судового процесу суди повинні повідомляти міліцію і службу у справах неповнолітніх, а також підприємства, установи та організації, в яких навчається чи працює неповнолітній, про час і місце розгляду справи про вчинені ним злочини. Суд також вправі викликати в судове засідання представників зазначених органів і організацій. Апеляційні суди повідомили, що участь представників служби у справах неповнолітніх та міліції сприяє активізації профілактичної роботи з цією групою населення та забезпечує контроль за поведінкою неповнолітніх у період відбування покарання, яке не пов'язане з позбавленням волі. На думку багатьох апеляційних судів, слід частіше викликати у судове засідання цих представників, а також відповідно до положень ст. 443 КПК України залучати до участі представників підприємств, установ і організацій за місцем навчання чи роботи підсудних неповнолітніх. Але у більшості справ не вирішувалося питання про виклик у судове засідання представників комісії та міліції у справах неповнолітніх, а також з місця роботи чи навчання неповнолітнього, як того вимагають статті 442, 443 КПК України.

Суди залишають поза увагою факти неявки у судове засідання та ігнорування представниками комісій та інспекцій у справах неповнолітніх повідомлень судів про час і місце розгляду справи щодо неповнолітнього (ст. 442 КПК України), а так само представниками підприємств, установ і організацій (ст. 443 КПК України).

Відповідно до вимог ст. 445 КПК України, при постановлені вироку крім питань, зазначених у ст. 324 Кримінально-процесуального кодексу, суд зобов'язаний у разі звільнення неповнолітнього від відбування покарання з випробуванням чи застосування до нього покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, обговорити необхідність призначення громадського вихователя. Але цю норму закону суди практично не використовують.

Особливості також має призначення покарання неповнолітнім. При призначенні покарання неповнолітньому суд повинен враховувати не тільки ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують чи обтяжують покарання, а також умови його життя та виховання, вплив дорослих, рівень розвитку та інші особливості розвитку неповнолітнього. Відповідно до пр. 5.1 «Пекінських правил», реакція на неповнолітніх правопорушників має ґрунтуватися на врахуванні не лише тяжкості правопорушення, а й особливостей їхньої особистості. Особі, яка вчинила злочин, має бути призначено покарання, необхідне й достатнє для її виправлення та попередження нових злочинів.

Суди мають дотримуватися вимог ст. 98 КК України щодо видів покарань, які можуть бути призначені неповнолітнім за вчинений злочин. Перелік видів покарань є вичерпним. Виходячи з положень ст. 98 КК України інші види покарань — обмеження волі, конфіскація майна, довічне позбавлення волі — до неповнолітніх застосовуватися не можуть, у тому числі і в порядку переходу до іншого, більш м'якого виду основного покарання відповідно до ст. 69 КК України. Так, до неповнолітніх, визнаних винними у вчиненні злочину, суд може застосувати такі основні види покарань, як штраф, громадські або виправні роботи, арешт, позбавлення волі на певний строк та додаткові покарання у виді штрафу і позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю.

Суди під час розгляду кримінальних справ про злочини неповнолітніх в основному дотримуються загальних засад призначення покарання, враховують

ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують чи обтяжують покарання. Судам слід мати на увазі, що згідно зі ст. 66 КК України неповноліття винного є обставиною, що пом'якшує покарання.

Застосовуючи міру покарання, суди мають враховувати всі обставини в їхній сукупності, які впливають на його вид та розмір. Однак, у призначенні неповнолітнім покарання суди припускаються помилок, не завжди враховують передбачені законом особливості особи неповнолітнього та інші обставини.

Виходячи з того, що покарання неповнолітніх має бути підпорядковане іншій меті — їх виправленню і перевихованню, попередженню вчинення нових злочинів — суди не повинні призначати неповнолітнім позбавлення волі за злочини, що не являють великої суспільної небезпеки. Позбавлення волі — це найсуворіше покарання серед видів покарань, які можуть застосовуватися до неповнолітнього. При вирішенні питання про призначення покарання неповнолітньому слід розглядати насамперед можливість застосування покарання, не пов'язаного з позбавленням волі. Цей вид покарання потрібно застосовувати до неповнолітнього, коли виправлення його неможливе без ізоляції від суспільства, якщо всі інші більш, м'які засоби впливу не дадуть можливості досягти мети кримінального покарання. Суду обов'язково необхідно зазначити у мотивувальній частині вироку, з яких підстав застосовується до неповнолітнього найсуворіший вид покарання — позбавлення волі. Як правило, суди застосовували його щодо осіб, які вже були раніше засуджені і знову вчинили тяжкі або особливо тяжкі злочини, що призвели до тяжких наслідків.

Відповідно до ст. 102 КК України, неповнолітньому, який вперше вчинив злочин невеликої тяжкості, позбавлення волі не може бути призначене. За вчинений повторно злочин невеликої тяжкості покарання у виді позбавлення волі призначається на строк не більше двох років; за злочин середньої тяжкості — на строк не більше чотирьох років; за тяжкий злочин — на строк не більше семи років; за особливо тяжкий злочин, поєднаний з умисним позбавленням життя людини, — на строк до п'ятнадцяти років.

Отже, за новим КК України передбачене більш м'яке і гуманне покарання для неповнолітніх осіб, які вчинили злочин невеликої або середньої тяжкості вперше, і стало суворішим для тих, що вчинили особливо тяжкий злочин, поєднаний з позбавленням життя людини.

На думку судової палати з кримінальних справ Верховного Суду України, у новому КК України допущено непослідовність у визначенні санкцій щодо мір покарання залежно від ступеня тяжкості вчиненого злочину. Так, у ч. 3 ст. 289 КК України за незаконне заволодіння транспортним засобом, вартість якого у 250 разів (4 тис. 250 грн) перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк від 10 до 15 років. Водночас ч. 4 ст. 185 КК України передбачено за крадіжку майна у великих розмірах, тобто на суму, яка в 250 і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян (4 тис. 250 — 10 тис. 200 грн), позбавлення волі на строк від 5 до 8 років. Навіть за вчинення розбійного нападу з метою заволодіння майном на суму від 4 тис. 250 грн до 10 тис. 200 грн і більше ч. 4 ст. 187 КК України передбачено менше покарання — позбавлення волі на строк від 8 років.

Згідно зі ст. 22 КК України відповідальність за крадіжку (ст. 185 КК України) передбачена при виповненні особі 14 років, незалежно від того, за якою частиною цієї статті кваліфіковані її дії. Згідно з ч. 1 ст. 185 КК України таємне викрадення чужого майна карається штрафом або виправними роботами, або

позбавленням волі на строк до 3 років. Але штраф відповідно до ст. 99 КК України застосовується лише до неповнолітніх, що мають самостійний дохід, власні кошти або майно, на яке може бути звернене стягнення. Виправні роботи згідно зі ст. 100 КК України можуть бути призначені неповнолітньому лише у віці від 16 до 18 років.

Відповідно до ч. 2 ст. 185 нового КК України, крадіжка, вчинена повторно або за попередньою змовою групою осіб, карається обмеженням волі на строк до 5 років або позбавленням волі на той самий строк. Але обмеження волі відповідно до ст. 61 КК України до неповнолітніх не застосовується.

Отже, на думку судової палати з кримінальних справ Верховного Суду України, законом передбачено два види покарання для дорослих — обмеження волі або позбавлення волі, а до неповнолітніх — лише позбавлення волі. Таке дискримінаційне ставлення до неповнолітніх вимагає внесення змін до чинного КК України.

У призначенні покарання неповнолітнім судам слід дотримуватися принципу індивідуалізації, за наявності підстав розглядати можливість звільнення неповнолітніх від покарання з випробуванням, застосування до них примусових заходів виховного характеру тощо.

Відповідно до п. 2 ст. 104 КК України, звільнення від відбування покарання з випробуванням може бути застосоване до неповнолітнього лише в разі його засудження до позбавлення волі. Однак, деякі суди звільняли неповнолітніх з випробуванням при засудженні до арешту.

Суди порушують вимоги ст. 104 КК України, щодо встановлення іспитового строку при звільненні неповнолітніх від відбування покарання з випробуванням понад два роки.

Звільняючи неповнолітнього від відбування покарання з випробуванням, суди відповідно до вимог ст. 76 КК України покладали на засуджених обов'язки повідомляти органи кримінально-виконавчої системи про зміну місця проживання, роботи або навчання, періодично з'являтися для реєстрації з органи кримінально-виконавчої системи тощо. Однак деякі суди не враховували, що перелік обов'язків, передбачених ст. 76 КК України, які можуть бути покладені на засудженого, є вичерпним, і покладали на неповнолітніх обов'язки, які не передбачені законом, зокрема закінчити навчання, влаштуватися на роботу.

У разі звільнення неповнолітнього від відбування покарання з випробуванням суди інколи згідно з ч. 4 ст. 104 КК України покладають на певну особу за її згодою або на її прохання обов'язок щодо нагляду за засудженим та проведення з ним виховної роботи.

Трапляється, що суди призначають покарання, яке не передбачене ст. 98 КК України («Види покарань»), зокрема обмеження волі та конфіскацію майна до неповнолітніх, визнаних винними у вчиненні злочину.

Згідно зі ст. 98 КК України до неповнолітніх, визнаних винними у вчинені злочину, не може бути застосовано додаткову міру покарання у виді конфіскації майна. Але на практиці суди по-різному вирішували питання щодо можливості застосування за відповідними статтями КК України додаткової міри покарання — конфіскації майна до особи, яка вчинила злочин у неповнолітньому віці, а на момент розгляду справи у суді досягла повноліття.

Верховний Суд України після розгляду деяких справ виключив з вироку застосування до засуджених додаткової міри покарання конфіскації майна з посиланням на ст. 98 КК України на тій підставі, що ці особи вчинили злочин у неповнолітньому віці.

Стаття 99 КК України містить певні застереження щодо застосування до неповнолітніх такого виду покарання, як штраф. Відповідно до вимог цієї статті штраф застосовується лише до неповнолітніх, що мають самостійний дохід, власні кошти або майно, на яке може бути звернене стягнення. Тому застосування такого виду покарання є обмеженим. Призначаючи зазначену міру покарання до неповнолітніх, суди не завжди з'ясовують, який їх майновий стан, чи мають вони самостійний дохід або власні кошти і майно.

Частиною 2 ст. 99 КК України встановлено, що розмір штрафу, який призначається неповнолітнім, не може перевищувати 500 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Ця вимога закону судами виконується. Але не всі з них враховують, що мінімальний розмір штрафу відповідно до ч. 2 ст. 53 КК України становить 30 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Статтею 101 КК України передбачено, що арешт як міра кримінального покарання призначається неповнолітнім, яким на момент постановлення вироку вже виповнилося 16 років, на строк від 15 до 45 діб. Порівняно з дорослими засудженими тривалість арешту для неповнолітніх істотно зменшена. З матеріалів судів, які надійшли для підготовки узагальнення, вбачається, що покарання у виді арешту неповнолітнім призначалося в деяких випадках з порушенням ст. 101 КК України.

Слід також розглянути питання про застосування щодо неповнолітніх примусових заходів виховного характеру. Суди не повинні допускати застосування кримінального покарання до неповнолітніх, які вчинили злочини, що не становлять великої суспільної небезпеки, якщо виправлення неповнолітніх може бути досягнуто шляхом застосування примусових заходів виховного характеру, передбачених ч. 2 ст. 105 КК України.

Примусові заходи виховного характеру, зокрема, застосовуються: у випадку прийняття судом рішення про звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності на підставі ч. 1 ст. 97 КК України; до особи, яка до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, вчинила суспільно небезпечне діяння; при звільненні неповнолітнього від покарання відповідно до ч. 1 ст. 105 КК України.

У справах про злочини неповнолітніх, що надходять до суду з обвинувальним висновком у порядку, передбаченому ст. 232 КПК України, досудове слідство, попередній і судовий розгляд провадяться із дотриманням правил глави 36 КПК України.

Відповідно до ч. 1 ст. 97 КК України, суд вправі звільнити неповнолітнього від кримінальної відповідальності тільки у випадку, якщо він уперше вчинив злочин невеликої тяжкості і за умови, що його виправлення можливе без застосування покарання. У цьому разі суд застосовує до неповнолітнього примусові заходи виховного характеру. Справи, що надійшли в суд у порядку, передбаченому ст. 73 або ст. 9 КПК України, суддя призначає до розгляду в судовому засіданні, про що виносить постанову із зазначенням часу і місця розгляду справи й осіб, які підлягають виклику до суду.

При виявленні порушень вимог КПК України, без усунення яких справа не може бути призначена до судового розгляду, або порушенні права неповнолітнього на захист, або неповноти чи неправильності досудового слідства, що не можуть бути усунуті в судовому засіданні, суддя мотивованою постановою з дотриманням вимог, передбачених статтями 246 і 281 КПК України, повинен повернути справу прокурору для усунення цих порушень або для проведення додаткового розслідування.

Про час і місце розгляду кримінальної справи в судовому засіданні повідомляються неповнолітній, його законний представник, захисник та інші особи, зазначені у списку, що додається до постанови про направлення справи до суду, а також прокурор.

Якщо неповнолітній перебуває на обліку в органі чи службі у справах неповнолітніх, доцільно залучити до участі в розгляді справи представника цієї установи. Це сприятиме всебічному й повному дослідженню даних про особу, умови життя і виховання неповнолітнього.

У такому разі є змога з'ясувати думку законного представника про те, який саме примусовий захід виховного характеру буде найефективнішим. Участь у судовому засіданні неповнолітнього, його захисника, законного представника та прокурора є обов'язковою. Під час засідання з'ясовуються дані про особу неповнолітнього та повноваження законного представника, роз'яснюються їм процесуальні права, заслуховуються пояснення підсудного і його законного представника, досліджуються докази, необхідні для вирішення питань: чи мало місце суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки злочину; чи винен у ньому неповнолітній; інші обставини, які мають істотне значення для вирішення питання про застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру. У цих справах судові дебати не провадяться, а прокурор, захисник, законний представник і неповнолітній висловлюють свої думки. Останнє слово неповнолітньому не надається.

Невиконання вимог ст. 447 КПК України про розгляд справи за участю захисника неповнолітнього — істотне порушення цього права і є підставою для скасування рішення про застосування примусового заходу виховного характеру.

Відповідно до вимог п. 6 ст. 45 КПК України, участь захисника є обов'язковою при провадженні справи про застосування примусових заходів виховного характеру. Якщо захисник не запрошений неповнолітнім або його законним представником, суддя призначає захисника і забезпечує його участь у справі відповідно до п. 1 ч. 4 ст. 47 КПК України. Однак суди не завжди дотримуються цієї вимоги.

Суди повинні мати на увазі, що перелік примусових заходів виховного характеру вичерпний. Суд вправі призначити один або декілька з них і разом з цим призначити неповнолітньому вихователя. Але, як свідчить практика, суди застосовують до неповнолітнього лише один примусовий захід виховного характеру, переважно (76,8 %) — передачу неповнолітнього під нагляд батьків.

Важливо, щоб в ухвалі (постанові) суд обґрунтував, чому він вважає доцільним звільнити неповнолітнього від кримінальної відповідальності і застосувати до нього примусовий захід виховного характеру. При цьому суд повинен обрати такий з них, що найбільше сприятиме виправленню і перевихованню неповнолітнього. Вирішуючи питання, чи слід застосовувати такий примусовий захід, як віддання неповнолітнього під нагляд батьків або осіб, які їх замінюють, суд враховує, що цей захід застосовується лише за наявності даних про їхню здатність забезпечити виховний вплив та постійний контроль за поведінкою неповнолітнього. Не можна передавати неповнолітнього під нагляд батькові чи матері, які позбавлені батьківських прав або через свою поведінку не здатні позитивно впливати на нього. Деякі суди не зазначають у постановах прізвища батьків, яким передається дитина під нагляд.

Передача неповнолітнього під нагляд педагогічного чи трудового колективу можлива тільки за згодою колективу за місцем навчання або місцем роботи порушника закону за наявності даних про те, що цей колектив спроможний здійснювати належний контроль за поведінкою неповнолітнього та позитивно

впливати на його виховання. Неповнолітній також може бути переданий під нагляд окремих громадян на їх прохання, але вони зобов'язані при цьому здійснювати виховний вплив на нього та постійний контроль за його поведінкою.

При передачі неповнолітніх під нагляд їхніх батьків суди у деяких випадках усупереч вимогам ст. 447 КПК України заслуховують пояснення законних представників, не з'ясовують здатність батьків забезпечити позитивний виховний вплив на неповнолітніх, контролювати їх поведінку.

Суд вирішує питання про направлення неповнолітнього до спеціальної навчально-виховної установи для дітей і підлітків, коли він вийшов з-під контролю батьків чи осіб, які їх замінюють, не піддається виховному впливу і застосування інших примусових заходів виховного характеру не дають результатів. Відповідно до Закону України «Про органи і служби у справах неповнолітніх та спеціальні установи для неповнолітніх» від 24 січня 1995 р., до загальноосвітніх шкіл соціальної реабілітації направляються за рішенням суду неповнолітні віком від 11 до 14 років, а до професійних училищ соціальної реабілітації — віком від 14 років. Проте не можуть направлятися в ці установи особи, які страждають на захворювання, зазначені у переліку, що його містить Інструкція про медичне обстеження дітей і підлітків, які направляються до загальноосвітніх шкіл та професійних училищ соціальної реабілітації для дітей і підлітків, які потребують особливих умов виховання (затверджена наказом Міністерства охорони здоров'я України і Міністерства освіти України від 5 травня 1997 р. № 137/131, зареєстрована в Міністерстві юстиції України 20 серпня 1997 р.; далі — Інструкція).

Однак суди не в усіх випадках з'ясовують питання про можливість перебування в такій установі підлітків за станом здоров'я.

Узагальнення засвідчило, що в значній кількості справ, які були направлені в суди відповідно до статей 73, 9 КПК України, відсутні дані про здоров'я та загальний розвиток неповнолітнього. Відповідно до зазначеної Інструкції медичний огляд неповнолітніх для визначення можливості їх утримання у загальноосвітніх школах та професійних училищах соціальної реабілітації провадиться до розгляду справ у судах.

Статтею 433 КПК України визначено, що однією з обставин, яку необхідно з'ясувати у справах про злочини неповнолітніх, є стан здоров'я та загального розвитку підлітка. Якщо це не було зроблено, то досудове чи судове слідство відповідно до п. 4 ст. 368 КПК України може бути визнано однобічним і неповним. У зв'язку із наведеними обставинами судам необхідно мати на увазі, що органи слідства та прокуратури, направляючи кримінальну справу до суду в порядку ст. 73 або ст. 9 КПК України, повинні згідно з вимогами п. 2 ч. 1 ст. 433 КПК України з'ясувати стан здоров'я, для чого мають провести медичне обстеження неповнолітнього.

Складним є питання про застосування примусових заходів виховного характеру до неповнолітніх, які за станом здоров'я не можуть бути направлені до загальноосвітньої школи соціальної реабілітації або професійного училища соціальної реабілітації. Відповідно до Положення про загальноосвітню школу соціальної реабілітації та Положення про професійне училище соціальної реабілітації (затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 13 жовтня 1993 р. № 859), до цих установ не можуть бути направлені діти і підлітки, які страждають на захворювання, зазначені в Інструкції. Згідно з переліком, що містить зазначена Інструкція (п. 11), не підлягають направленню до шкіл та професійних училищ соціальної реабілітації діти і підлітки, які мають психічні захворювання, туберкульоз, ревматизм, уроджені вади серця, інфекційні та венеричні хвороби, рад

хронічних захворювань, таких, як виразкова хвороба шлунка, бронхіальна астма з тяжкими частими приступами, захворювання крові, цукровий діабет, а також хворі на СНІД тощо.

За наявності таких захворювань суди не можуть направляти неповнолітніх до спеціальної навчально-виховної установи. Найчастіше до цих дітей суди застосовують такий примусовий захід виховного характеру, як передача неповнолітнього під нагляд батьків чи осіб, які їх замінюють.

Судова практика свідчить, що примусовий захід виховного характеру у виді передачі під нагляд батьків у багатьох випадках є малоефективним. Багато з таких неповнолітніх давно вийшли з-під контролю батьків або батьки негативно впливають на них чи позбавлені батьківських прав, тобто діти передані під нагляд батьків, які виявилися неспроможними виховувати свою дитину належним чином, або й самі втягнули її у злочинну діяльність. Суди змушені застосовувати до таких неповнолітніх менш суворі заходи виховного характеру через їхню хворобу.

Відповідно до вимог ст. 9 Закону від 24 січня 1995 р., у державній системі охорони здоров'я повинні бути створені центри медико-соціальної реабілітації для неповнолітніх, які вживають алкоголь, наркотики, а також для неповнолітніх, які за станом здоров'я не можуть бути направлені до шкіл соціальної реабілітації та професійних училищ соціальної реабілітації.

Ще однією проблемою є відсутність контролю з боку суду за виконанням постанов про застосування примусових заходів виховного характеру.

Для здійснення контролю за виконанням рішення про застосування примусового заходу виховного характеру суд повинен інформувати службу у справах неповнолітніх про його прийняття.

Причини порушення вимог закону під час провадження справ щодо неповнолітніх Судова палата з кримінальних справ Верховного Суду України вбачає у недосвідченості слідчих і суддів (деякі з них досконально не володіють специфікою розслідування і розгляду кримінальних справ цієї категорії), їхній перевантаженості в роботі, тяжінні до спрощення процесу та нехтуванні вимогами закону щодо забезпечення підвищеної правової захищеності неповнолітніх. Тому важливо запровадити спеціалізацію суддів щодо розгляду справ про злочини, вчинені неповнолітніми. У «Пекінських правилах» (пр. 22.2) міститься рекомендація підбирати персонал органів правосуддя з врахуванням різних категорій неповнолітніх, які вступають у контакт із системою правосуддя, а також докладати зусиль для забезпечення справедливого представництва жінок і національних меншин в органах правосуддя у справах неповнолітніх.

Необхідною є також спеціалізація слідчих органів внутрішніх справ, на яких відповідно до ст. 112 КПК України покладено обов'язок здійснювати провадження досудового слідства в усіх справах про злочини неповнолітніх. Слідчим цих органів необхідно дотримуватися вимог закону щодо забезпечення неповнолітнім права на захист, позбутися практики допиту як свідків неповнолітніх, стосовно яких провадиться досудове слідство.

Розслідування та розгляд справ щодо неповнолітніх осіб мають здійснювати найбільш кваліфіковані та досвідчені слідчі і судді. Уся діяльність органів досудового слідства і суду з розслідування та розгляду справи неповнолітнього повинна мати виховне запобіжне значення.

8.12. Захист у справах щодо осіб, стосовно яких застосовуються заходи медичного характеру.

Відповідно до ст. 212 КПК України, однією з форм закінчення досудового слідства є складання постанови про направлення справи до суду для вирішення питання про застосування примусових заходів медичного характеру.

Поняття і види примусових заходів медичного характеру закріплені КПК України. Так, згідно зі ст. 92 цього нормативно-правового акта примусовими заходами медичного характеру є надання амбулаторної психіатричної допомоги, поміщення особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною цього Кодексу, у спеціальний лікувальний заклад з метою її обов'язкового лікування, а також запобігання вчиненню нею суспільно небезпечних діянь.

Примусові заходи медичного характеру можуть бути застосовані судом до осіб:

1) які вчинили у стані неосудності суспільно небезпечні діяння;

2) які вчинили у стані обмеженої осудності злочини;

3) які вчинили злочин у стані осудності, але захворіли на психічну хворобу до постановлення вироку або під час відбування покарання.

Залежно від характеру та тяжкості захворювання, тяжкості вчиненого діяння, з урахуванням ступеня небезпечності психічно хворого для себе або інших осіб, суд може застосувати такі примусові заходи медичного характеру:

1) надання амбулаторної психіатричної допомоги у примусовому порядку;

2) госпіталізація до психіатричного закладу із звичайним наглядом;

3) госпіталізація до психіатричного закладу з посиленим наглядом;

4) госпіталізація до психіатричного закладу із суворим наглядом.

Надання амбулаторної психіатричної допомоги у примусовому порядку може бути застосоване судом стосовно особи, яка страждає на психічні розлади і вчинила суспільно небезпечне діяння, якщо особа за станом свого психічного здоров'я не потребує госпіталізації до психіатричного закладу.

Госпіталізація до психіатричного закладу із звичайним наглядом може бути застосована судом щодо психічно хворого, який за своїм психічним станом і характером вчиненого суспільно небезпечного діяння потребує тримання у психіатричному закладі і лікування у примусовому порядку.

Госпіталізація до психіатричного закладу з посиленим наглядом може бути застосована судом щодо психічно хворого, який вчинив суспільно небезпечне діяння, не пов'язане з посяганням на життя інших осіб, і за своїм психічним станом не становить загрози для суспільства, але потребує тримання у психіатричному закладі та лікування в умовах посиленого нагляду.

Госпіталізація до психіатричного закладу із суворим наглядом може бути застосована судом щодо психічно хворого, який вчинив суспільно небезпечне діяння, пов'язане з посяганням на життя інших осіб, а також щодо психічно хворого, який за своїм психічним станом і характером вчиненого суспільно небезпечного діяння становить особливу небезпеку для суспільства і потребує тримання у психіатричному закладі та лікування в умовах суворого нагляду.

Якщо не буде визнано за необхідне застосування до психічно хворого примусових заходів медичного характеру, а також у разі припинення застосування таких заходів, суд може передати його на піклування родичам або опікунам з обов'язковим лікарським наглядом.

Продовження, зміна або припинення застосування примусових заходів медичного характеру здійснюється судом за заявою представника психіатричного

закладу (лікаря-психіатра), який надає особі таку психіатричну допомогу, до якої додається висновок комісії лікарів-психіатрів, який обґрунтовує необхідність продовження, зміни або припинення застосування таких примусових заходів.

Особи, до яких застосовані примусові заходи медичного характеру, підлягають огляду комісією лікарів-психіатрів не рідше одного разу на 6 місяців для вирішення питання про наявність підстав для звернення до суду із заявою про припинення або про зміну застосування такого заходу. У разі відсутності підстав для припинення або зміни застосування примусового заходу медичного характеру представник психіатричного закладу (лікар-психіатр), що надає особі таку психіатричну допомогу, направляє до суду заяву, до якої додається висновок комісії лікарів-психіатрів, який містить обґрунтування про необхідність продовження застосування примусового заходу медичного характеру. У разі необхідності продовження застосування примусового заходу медичного характеру понад 6 місяців представник психіатричного закладу (лікар-психіатр), який надає особі таку психіатричну допомогу, повинен направити до суду за місцем знаходження психіатричного закладу заяву про продовження застосування примусового заходу. До заяви додається висновок комісії лікарів-психіатрів, який містить обґрунтування про необхідність продовження надання особі такої психіатричної допомоги. В подальшому продовження застосовування примусового заходу медичного характеру проводиться кожного разу на строк, який не може перевищувати 6 місяців.

У разі припинення застосування примусових заходів медичного характеру через змінення психічного стану особи на краще, суд може передати її на піклування родичам або опікунам з обов'язковим лікарським наглядом.

У разі припинення застосування примусових заходів медичного характеру через видужання особи, які вчинили злочини у стані осудності, але захворіли на психічну хворобу до постановлення вироку, підлягають покаранню на загальних засадах, а особи, які захворіли на психічну хворобу під час відбування покарання, можуть підлягати подальшому відбуванню покарання.

Примусове лікування може бути застосоване судом, незалежно від призначеного покарання, до осіб, які вчинили злочини та мають хворобу, що становить небезпеку для здоров'я інших осіб.

У разі призначення покарання у виді позбавлення волі або обмеження волі примусове лікування здійснюється за місцем відбування покарання. У разі призначення інших видів покарань примусове лікування здійснюється у спеціальних лікувальних закладах.

При розгляді судом справи про застосування примусових заходів медичного характеру суд вирішує такі питання:

1) чи мало місце суспільно небезпечне діяння, з приводу якого порушена справа;

2) чи вчинено це діяння особою, щодо якої розглядається справа;

3) чи вчинила особа зазначене діяння у стані неосудності або обмеженої осудності, чи захворіла вона після вчинення злочину на психічну хворобу, яка виключає застосування покарання;

4) чи слід застосувати до цієї особи заходи медичного характеру і якщо слід, то які саме.

Коли буде встановлено, що дана особа вчинила суспільно небезпечне діяння у

стані неосудності або обмеженої осудності або після вчинення злочину захворіла на психічну хворобу, яка виключає застосування покарання, суд, якщо визнає за потрібне, виносить ухвалу, а суддя — постанову про застосування до цієї особи примусових заходів медичного характеру, з зазначенням яких саме. Коли суд визнає непотрібним застосовувати примусові заходи медичного характеру, справу належить закрити, про що виноситься ухвала (постанова).

Якщо неосудність або обмежена осудність особи на момент вчинення суспільно небезпечного діяння або на час розгляду справи не встановлена, суд виносить ухвалу, а суддя — постанову про направлення справи для досудового розслідування в загальному порядку.

Якщо вчинення суспільно небезпечного діяння особою, щодо якої розглядається справа, не буде доведене, суд своєю ухвалою, а суддя — постановою закриває справу.

Скасування або зміна призначених судом примусових заходів медичного характеру може мати місце лише за ухвалою суду чи постановою судді, який застосував ці заходи, або суду за місцем лікування.

Скасування або зміна примусових заходів медичного характеру може мати місце, коли особа, яка вчинила суспільно небезпечне діяння у стані неосудності або обмеженої осудності, видужала або коли в результаті змін у стані її здоров'я відпала потреба в раніше застосованих заходах медичного характеру.

Коли особа, щодо якої були застосовані примусові заходи медичного характеру внаслідок її психічного захворювання після вчинення злочину, видужає, то суд на підставі висновку медичної комісії виносить ухвалу, а суддя — постанову про скасування застосованого заходу медичного характеру та направлення справи для провадження досудового слідства чи судового розгляду, якщо неосудність або обмежена осудність була встановлена під час судового слідства. Час перебування в медичній установі, якщо ця особа засуджена до позбавлення волі або виправних робіт, зараховується в строк відбування покарання.

Ухвала (постанова) про відновлення справи може бути винесена в межах встановленої законом давності притягнення до кримінальної відповідальності.

На ухвалу, постанову, винесені суддею або судом у порядку, передбаченому цим розділом, може бути подано апеляційну чи касаційну скаргу або внесено апеляційне чи касаційне подання прокурора в загальному порядку.

Апеляційний суд змінює постанову про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру у випадках:

1) зміни кваліфікації суспільно небезпечного діяння і застосування статті Кримінального кодексу, яка передбачає відповідальність за менш тяжке діяння;

2) пом'якшення виду примусового заходу виховного чи медичного характеру.

Апеляційний суд скасовує постанову про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру і постановляє свою постанову у випадках:

1) необхідності кваліфікації суспільно небезпечного діяння як більш тяжкого, якщо таке було зазначено у постанові слідчого про закриття справи і застосування примусових заходів виховного характеру або про направлення справи до суду для вирішення питання про застосування примусових заходів медичного характеру;

2) застосування більш суворого виду примусових заходів виховного чи медичного характеру;

3) скасування необгрунтованої постанови суду про закриття справи щодо неосудного або неповнолітнього з тих мотивів, що вони не вчинили суспільно небезпечне діяння.

8.13. Робота адвоката при виконанні вимог ст. 218 КПК України. Правовий режим, методика ознайомлення з кримінальною справою, клопотання захисника про виконання вимог ст. 218 КПК України.

Стаття 218 КПК України передбачає, що визнавши зібрані докази достатніми для складання обвинувального висновку і виконавши вимоги ст. 217 КПК України, слідчий зобов'язаний оголосити обвинуваченому, що слідство в його справі закінчено і що він має право на ознайомлення з усіма матеріалами справи як особисто, так і з допомогою захисника, а також може заявити клопотання про доповнення досудового слідства. Слідчий зобов'язаний роз'яснити обвинуваченому право заявити клопотання про розгляд його справи у суді першої інстанції одноособово суддею чи колегіально судом у складі трьох осіб у випадках, передбачених законом.

Якщо обвинувачений не виявив бажання ознайомитися з матеріалами справи з участю захисника, йому пред'являються для ознайомлення всі матеріали справи. При ознайомленні з матеріалами справи обвинувачений вправі робити виписки з матеріалів справи і порушувати клопотання. Якщо у справі притягнуто декількох обвинувачених, слідчий повинен пред'явити кожному з них усі матеріали слідства.

Про те, що обвинуваченому оголошено про закінчення слідства і що йому пред'явлено матеріали справи для ознайомлення, зазначається у протоколі про оголошення обвинуваченому про закінчення слідства і пред'явлення йому матеріалів справи.

Якщо у справі бере участь захисник, слідчий надає можливість ознайомитися з усіма матеріалами справи і захисникові, про що складає окремий протокол. При цьому пред'явлення матеріалів справи має бути відкладено до явки захисника, але не більше як на три дні. За неможливості для обраного обвинуваченим захисника з'явитися в цей строк слідчий вживає заходів, передбачених частинами 4 і 6 ст. 47 КПК України.

Матеріали досудового слідства пред'являються для ознайомлення підшитими і пронумерованими. Матеріали про застосування заходів безпеки щодо осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, для ознайомлення не пред'являються і зберігаються окремо від кримінальної справи.

Обвинуваченого і його захисника не можна обмежувати в часі, потрібному їм, щоб ознайомитися з усіма матеріалами справи.

Захисник обвинуваченого при ознайомленні з матеріалами справи має право: робити виписки, мати побачення з обвинуваченим віч-на-віч, роз'яснювати обвинуваченому зміст обвинувачення, обмірковувати з обвинуваченим питання про заявлення клопотань, подавати докази, заявляти відводи, оскаржувати дії та рішення слідчого і прокурора.

Про оголошення обвинуваченому про закінчення досудового слідства і про пред'явлення йому матеріалів справи для ознайомлення слідчий складає протокол з додержанням правил ст. 85 КПК України. Крім того, у протоколі зазначається, які саме матеріали (кількість томів і аркушів) були пред'явлені для ознайомлення, чи ознайомилися обвинувачений і захисник з матеріалами справи, протягом якого часу проходило ознайомлення зі справою і які клопотання були заявлені обвинуваченим та його захисником.

Протокол пред'явлення обвинуваченому матеріалів досудового слідства підписують обвинувачений, слідчий і захисник, якщо він бере участь у справі.

Клопотання про доповнення досудового слідства, про зміну кваліфікації злочину і закриття справи можуть бути заявлені обвинуваченим і його захисником усно або письмово. Усні клопотання заносяться до протоколу, письмові клопотання додаються до справи.

Слідчий зобов'язаний задовольнити клопотання обвинуваченого і його захисника, якщо обставини, для з'ясування яких заявлено клопотання, мають значення для справи.

Про відмову задовольнити клопотання слідчий складає мотивовану постанову, яку оголошує обвинуваченому і його захисникові.

Якщо під час провадженні додаткових слідчих дій присутній захисник, то він вправі через слідчого ставити питання свідкові, потерпілому, експертові, спеціалістові і обвинуваченому, а також клопотатися про занесення до протоколу обставин, які мають значення для справи. Слідчий може відвести запитання, які ставить захисник, але відведене запитання заносить до протоколу.

Після проведення додаткових слідчих дій слідчий зобов'язаний ознайомити обвинуваченого і його захисника, а також надати можливість ознайомитися потерпілому і його представникові, цивільному позивачеві, цивільному відповідачеві або їх представникам з усіма додатковими матеріалами, а в разі їх клопотання—з усією справою, дотримуючись вимог КПК України.

8.14. Підготовка адвоката до захисту в суді. Ведення адво катського досьє. Заявлення клопотань та подання заяв до суду.

Захисник сприяє підсудному у здійсненні його прав і в захисті його законних інтересів. Захисник має право на побачення з підсудним, бере участь у дослідженні доказів, порушує перед судом клопотання про витребування і приєднання до справи нових доказів, що виправдовують підсудного або пом'якшують його відповідальність, заявляє інші клопотання, викладає суду свою думку про клопотання інших учасників судового розгляду.

Захисник бере участь у судових дебатах, висловлюючи суду свою думку про значення перевірених доказів у справі, про наявність обставин, які виправдовують підсудного чи пом'якшують його відповідальність, а також свої міркування з приводу застосування кримінального закону та міри покарання.

8.15. Попередній розгляд справи.

У справі, що надійшла від прокурора, суддя з'ясовує щодо кожного з обвинувачених такі питання:

1) чи підсудна справа суду, на розгляд якого вона надійшла;
2) чи немає підстав для закриття справи або її зупинення;
3) чи складено обвинувальний висновок відповідно до вимог КПК України;
4) чи немає підстав для зміни, скасування або обрання запобіжного заходу;
5) чи не було допущено під час порушення справи, провадження дізнання або досудового слідства таких порушень вимог КПК України, без усунення яких справа не може бути призначена до судового розгляду.

За клопотанням прокурора, обвинуваченого, його захисника чи законного представника, потерпілого чи його представника суддя з'ясовує також питання про те, чи немає підстав для притягнення до кримінальної відповідальності інших осіб.

За клопотанням прокурора, потерпілого чи його представника суддя з'ясовує також питання про те, чи немає підстав для кваліфікації дій обвинуваченого за статтею КК України, яка передбачає відповідальність за більш тяжкий злочин чи для пред'явлення йому обвинувачення, яке до цього не було пред'явлено.

Попередній розгляд справи здійснюється суддею одноособово з обов'язковою участю прокурора. Про день досудового розгляду справи повідомляються також інші учасники процесу, однак їх неявка не перешкоджає розгляду справи.

Попередній розгляд справи починається з доповіді прокурора щодо можливості призначення справи до судового розгляду. Прокурор висловлює свою думку щодо клопотань, заявлених іншими учасниками судового розгляду. Постанова судці виноситься в нарадчій кімнаті.

При попередньому розгляді справи ведеться протокол.

Справа повинна бути призначена до досудового розгляду не пізніше десяти діб, а у разі складності справи — не пізніше тридцяти діб з дня надходження її до суду.

За результатами досудового розгляду справи суддя своєю постановою приймає одне з таких рішень:

1) про призначення справи до судового розгляду;
2) про зупинення провадження у справі;
3) про повернення справи прокуророві;
4) про направлення справи за підсудністю;
5) про закриття справи;
6) про повернення справи на додаткове розслідування.

За наявності достатніх підстав для розгляду справи в судовому засіданні суддя, не вирішуючи наперед питання про винуватість, виносить постанову про призначення справи до судового розгляду.

У постанові повинні бути зазначені: місце і дата її винесення, посада і прізвище судді, прізвище, ім'я і по батькові обвинуваченого, підстави призначення справи до розгляду, стаття КК України, за якою пред'явлено обвинувачення, та рішення з інших питань, пов'язаних з підготовкою справи до розгляду.

Постанова судді оскарженню не підлягає, на неї не може бути внесено подання прокурором.

При попередньому розгляді справи суддя з власної ініціативи чи за клопотанням прокурора, обвинуваченого, його захисника чи законного представника, потерпілого, позивача, відповідача або їх представників своєю постановою повертає справу на додаткове розслідування у випадках, коли під час порушення справи, провадження дізнання або досудового слідства були допущені такі порушення вимог КПК України, без усунення яких справа не може бути призначена до судового розгляду.

За клопотанням прокурора, обвинуваченого, його захисника чи законного представника суддя вправі повернути справу на додаткове розслідування для притягнення до кримінальної відповідальності інших осіб, якщо окремий розгляд справи щодо них неможливий. За клопотанням прокурора, потерпілого чи його представника суддя може повернути справу на додаткове розслідування і у випадках наявності підстав для кваліфікації дій обвинуваченого за статтею КК України, яка передбачає відповідальність за більш тяжкий злочин, чи для пред'явлення йому обвинувачення, яке до цього не було пред'явлено.

У постанові суддя зазначає підстави повернення справи на додаткове розслідування і може вказати, які слідчі дії повинні бути проведені при додатковому розслідуванні. В постанові також повинно бути вирішено питання про запобіжний захід щодо обвинуваченого.

Копія постанови протягом трьох діб після її винесення надсилається сторонам.

На постанову протягом семи діб з дня її винесення сторони можуть подати апеляції до апеляційного суду, а якщо справа розглядається по першій інстанції апеляційним судом — касаційні подання чи скарги до касаційного суду.

Коли при попередньому розгляді справи з'ясується, що обвинувачений зник і місцеперебування його невідоме, суддя виносить постанову про зупинення провадження у справі до розшуку обвинуваченого.

У разі захворювання обвинуваченого, що виключає можливість його участі в судовому розгляді справи, суддя своєю постановою зупиняє провадження у справі до його видужання.

Встановивши, що справа не підсудна суду, на розгляд якого вона надійшла, суддя виносить постанову про направлення справи за підсудністю.

Постанова про зупинення справи чи направлення її за підсудністю оскарженню не підлягає, на неї не може бути внесено подання прокурором.

Суддя своєю постановою повертає справу прокурору у разі, якщо прокурором були суттєво порушені вимоги КПК України, для усунення виявлених порушень.

Постанова про повернення справи прокурору оскарженню не підлягає, на неї може бути внесення подання прокурором.

Стаття 251 Кодексу передбачає особливості досудового розгляду у справах, які порушуються за скаргою потерпілого. Скарга потерпілого повинна відповідати вимогам, які встановлені Кодексом щодо обвинувального висновку.

Суддя, одержавши від потерпілого скаргу з проханням порушити справу, приймає одне із таких рішень:

1) залишає скаргу без розгляду, якщо вона не відповідає вимогам, зазначеним у ч. 1 цієї статті, та повертає її особі, яка подала скаргу;

2) за наявності для того підстав відмовляє в порушенні кримінальної справи або надсилає її за належністю прокурору;

3) за наявності достатніх даних, які вказують на вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 27 Кодексу, порушує кримінальну справу і призначає її до розгляду.

Підсудному не пізніше як за три доби до дня слухання справи повинна бути вручена копія скарги потерпілого, копія постанови судді про порушення кримінальної справи та повістка про виклик його в судове засідання.

На постанову про відмову в порушенні кримінальної справи протягом семи діб з дня її винесення особа, яка подала скаргу, вправі подати апеляцію до апеляційного суду.

Прийнявши рішення про призначення справи до судового розгляду, суддя вирішує такі питання:

1) про призначення захисника у випадках, коли його участь у справі є обов'язковою;

2) про зміну, скасування або обрання запобіжного заходу;

3) про визнання особи законним представником обвинуваченого, по терпілою, відповідачем, представником потерпілого, позивача, відповідача, якщо рішення про це не було прийняте під час розслідування справи;

4) про визнання потерпілого цивільним позивачем, якщо позов не був заявлений під час розслідування справи;

5) про список осіб, які підлягають виклику в судове засідання, та витребування додаткових доказів;

7) про заходи щодо забезпечення цивільного позову;

8) про виклик у необхідних випадках перекладача;

10) про розгляд справи у відкритому чи закритому судовому засіданні;

11) про день і місце судового розгляду справи;

12) всі інші питання, які стосуються підготовчих до суду дій.

За наявності підстав вважати, що в стадії судового розгляду будуть досліджуватися лише деякі докази або вони не будуть досліджуватися взагалі, суддя вправі викликати в судове засідання лише тих осіб чи витребувати лише ті докази, про допит чи дослідження яких надійшли клопотання від учасників судового розгляду.

Суддя не вправі відмовити учасникам судового розгляду у дослідженні в стадії судового розгляду доказів, якщо вони є належними і допустимими.

Копія обвинувального висновку і повістка про виклик до суду вручаються підсудному під розписку не пізніше як за три доби до дня розгляду справи в суді. У копіях обвинувального висновку та додатках до нього, що вручаються підсудному, з метою забезпечення безпеки осіб, які підлягають виклику в судове засідання, їх адреси не зазначаються.

Якщо зазначені в цій статті документи складено мовою, якою не володіє підсудний, вони вручаються підсудному перекладеними на його рідну мову або іншу мову, якою він володіє.

Всі інші особи повідомляються про день розгляду справи в суді в той самий строк.

Свідки, експерти, перекладачі викликаються до суду повісткою. Особи, щодо яких були застосовані заходи безпеки, викликаються в судове засідання виключно через орган, який здійснює ці заходи.

Якщо підсудний неповнолітній, то копія обвинувального висновку вручається йому і його законному представникові.

Після призначення справи до судового розгляду суддя повинен забезпечити прокуророві, підсудному, його захисникові, потерпілому, цивільному позивачеві і їх представникам, коли вони про це заявляють клопотання, можливість ознайомитися з матеріалами справи, а цивільному відповідачеві і його представникові — з матеріалами, що стосуються цивільного позову. Зазначені особи мають право робити з матеріалів необхідні виписки.

Матеріали про застосування заходів безпеки щодо осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, для ознайомлення не пред'являються.

Справа повинна бути призначена до розгляду в суді не пізніше десяти діб, а у випадках складності справи — не пізніше двадцяти діб з дня досудового її розгляду.

8.16. Захисна промова адвоката. Підготовка та методика її проголошення.

Адвокат виступає з захисною промовою під час судових дебатів, час для яких настає по закінченню судового слідства.

Дебати полягають у промовах прокурора, потерпілого і його представника, цивільного позивача, цивільного відповідача або їх представників, захисника, підсудного.

Учасники судового розгляду мають право в судових дебатах посилатися тільки на ті докази, які були досліджені в судовому засіданні. Якщо під час судових дебатів виникне потреба подати нові докази, суд відновлює судове слідство. Після закінчення відновленого судового слідства суд знову відкриває судові дебати з приводу додатково досліджених обставин.

Суд не вправі обмежувати тривалість судових дебатів певним часом. Головуючий зупиняє учасників судових дебатів лише в тих випадках, коли вони у промовах виходять за межі розглядуваної справи.

Після закінчення промов учасники судових дебатів мають право обмінятися репліками. Право останньої репліки належить підсудному.

Після промови захисника або підсудного головуючий оголошує судові дебати закінченими і надає підсудному останнє слово.

Суд не вправі обмежувати тривалість останнього слова підсудного певним часом.

Задавати питання підсудному під час його останнього слова не дозволяється. Коли підсудний в останньому слові повідомить про нові обставини, які мають істотне значення для справи, суд з своєї ініціативи, а також за клопотанням прокурора чи інших учасників судового розгляду відновлює судове слідство.

По закінченні відновленого судового слідства суд відкриває дебати з приводу додатково досліджених обставин і надає останнє слово підсудному.

8.17. Протокол судового засідання. Термін виготовлення протоколу та порядок подання на нього зауважень і їх розгляд. Правове значення протоколу судового засідання.

Основним засобом фіксації перебігу судового розгляду справи є протокол судового засідання. У ході кожного судового засідання суду першої інстанції, а також при кожній окремій процесуальній дії, вчиненій поза постійним місцем засідання суду першої інстанції, складається протокол. У суді апеляційної інстанції протокол судового засідання ведеться у випадках, передбачених Кримінально-процесуальним кодексом.

У протоколі судового засідання відображаються всі істотні моменти розгляду справи у тій послідовності, в якій вони мали місце в судовому засіданні чи при вчиненні окремої процесуальної дії.

У протоколі зазначаються:

1) рік, місяць, число і місце судового засідання;

2) час початку судового засідання або проведення окремої процесуальної дії;

3) назва суду, який розглядає справу, прізвище та ініціали судді (суддів), секретаря судового засідання;

4) справа, що розглядається, повна і точна назва учасників процесу;

5) відомості про явку учасників процесу або їх неявку, причини відсутності та про вручення їм судових повісток;

6) дані про особу підсудного;

7) дані про час одержання підсудним копії обвинувального висновку;

8) дані про роз'яснення підсудному та іншим учасникам процесу їх прав та обов'язків;

9) ухвали та постанови суду, прийняті без виходу до нарадчої кімнати;

10) всі розпорядження головуючого і дії суду, в тому порядку, в якому вони відбувались;

11) всі клопотання і заяви учасників процесу;

12) докладний зміст записаних від першої особи показань підсудного, потерпілого, свідків, пояснень спеціалістів, відповідей експерта на усні запитання;

13) послідовність і короткий зміст судових дебатів;

14) короткий зміст останнього слова підсудного;

15) відомості про проголошення вироку та роз'яснення порядку і строку його оскарження, роз'яснення права та строку на ознайомлення з протоколом судового засідання, подачу на нього зауважень;

16) час закінчення судового засідання у справі.

На вимогу хоча б одного учасника судового розгляду справи або за ініціативою суду у суді першої чи апеляційної інстанції здійснюється повне фіксування судового процесу з допомогою звукозаписувального технічного засобу.

Протокол судового засідання повинен бути виготовлений не пізніше семи діб з дня закінчення судового розгляду справи. Протокол судового засідання підписують головуючий і секретар судового засідання.

У разі необхідності строк для виготовлення та підписання протоколу судового засідання може бути продовжено головуючим, але не більше ніж на 14 діб після закінчення судового засідання.

Про виготовлення і підписання протоколу судового засідання повідомляються учасники судового розгляду.

У разі повного фіксування судового процесу з допомогою звукозаписувального технічного засобу у протоколі судового засідання зазначається технічна характеристика цього засобу та носія інформації.

Носій інформації, на якому зафіксовано судовий процес, зберігається разом зі справою.

Сторони мають право знайомитися з протоколом судового засідання і протягом трьох діб після повідомлення про виготовлення протоколу або після закінчення строку на його виготовлення подавати свої письмові зауваження з приводу допущеної неправильності або неповноти протоколу.

Зауваження на протокол розглядаються:

—якщо справа розглядалася суддею одноособово — головуючим;

—якщо справа розглядалася колегіально — цим складом суду чи більшістю цього складу.

Суд розглядає зауваження на протокол судового засідання і в разі згоди із зауваженнями посвідчує їх правильність.

У разі незгоди головуючого з поданими зауваженнями вони розглядаються в судовому засіданні з повідомленням сторін про час і місце його проведення. їх неявка в судове засідання не перешкоджає розгляду зауважень. При розгляді зауважень може відтворюватися технічний запис процесу. Розглянувши зауваження, головуючий — постановою, а колегія суддів — ухвалою за наявності до того підстав посвідчує правильність зауважень або відхиляє їх.

У разі пропуску строку подання зауважень і відсутності підстав для його поновлення суд залишає їх без розгляду і приєднує до матеріалів справи.

Зауваження повинні бути розглянуті не пізніше п'яти днів з дня їх надходження до суду.

Повне або часткове відтворення технічного запису судового процесу здійснюється за рішенням суду в судовому засіданні при розгляді справи судом у першій інстанції, в апеляційному чи касаційному порядку, а також при розгляді зауважень на протокол судового засідання.

Питання про видачу копії технічного запису стороні, про його відтворення поза судовим засіданням вирішуються головуючим у кожному випадку залежно від обставин.

8.18. Особи, які мають право на подання апеляції у кримінальній справі. Строки подання апеляції. Подання доповнень, змін до апеляції та відкликання апеляції. Методика складання адвокатом апеляцій на вирок. Здійснення захисту в апеляційному суді.

Апеляція може бути подана:

1) на вироки, які не набрали законної сили, ухвалені місцевими судами;

2) на постанови про застосування чи незастосування примусових заходів виховного і медичного характеру, ухвалені місцевими судами. Апеляція також може бути подана:

1) на ухвали (постанови), винесені місцевим судом, про закриття справи або направлення справи на додаткове розслідування;

2) на окремі ухвали (постанови), винесені місцевим судом;

3) на інші постанови місцевих судів у випадках, передбачених КПК України.

Апеляцію мають право подати:

1) засуджений, його законний представник і захисник — у частині, що стосується інтересів засудженого;

2) виправданий, його законний представник і захисник — у частині мотивів і підстав виправдання;

3) законний представник, захисник неповнолітнього та сам неповнолітній, щодо якого застосовано примусовий захід виховного характеру, — у частині, що стосується інтересів неповнолітнього;

4) законний представник та захисник особи, щодо якої вирішувалося питання про застосування примусового заходу медичного характеру;

5) обвинувачений, щодо якого справу закрито, його законний представник і захисник — у частині мотивів і підстав закриття справи;

6) обвинувачений, щодо якого справу направлено на додаткове розслідування, його законний представник і захисник — у частині мотивів і підстав направлення справи на додаткове розслідування;

7) цивільний відповідач або його представник — в частині, що стосується вирішення позову;

8) прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції, а також прокурор, який затвердив обвинувальний висновок, — у межах обвинувачення, що підтримував прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції;

9) потерпілий і його представник — у частині, що стосується інтересів потерпілого, але в межах вимог, заявлених ними в суді першої інстанції;

10) цивільний позивач або його представник — у частині, що стосується вирішення позову;

11) особа, щодо якої винесено окрему ухвалу (постанову) суду;

12) інші особи у випадках, передбачених Кодексом.

Апеляція за загальним правилом подається через суд, який постановив вирок, ухвалу чи постанову. До апеляції прокурора і захисника додається стільки її копій, щоб їх можна було вручити всім учасникам судового розгляду, інтересів яких стосується апеляція.

Якщо апеляція подана у встановлені строки безпосередньо до суду апеляційної інстанції, він надсилає її до суду першої інстанції для виконання вимог, передбачених Кодексом.

Апеляція на вирок, ухвалу чи постанову суду першої інстанції, якщо інше не передбачено Кодексом, може бути подана протягом п'ятнадцяти діб з моменту їх проголошення, а засудженим, який перебуває під вартою, — в той самий строк з моменту вручення йому копії вироку.

Протягом строку, встановленого для подання апеляції, справа ніким не може бути витребувана із суду. Протягом цього строку суд зобов'язаний надати сторонам за їх клопотанням можливість ознайомитися з матеріалами справи.

В апеляції зазначаються:

1) назва суду, якому адресується апеляція;

2) особа, яка подає апеляцію;

3) вирок, ухвала чи постанова, на які подається апеляція, і назва суду, який їх постановив;

4) вказівка на те, в чому полягає незаконність вироку, ухвали, постанови та доводи на її обґрунтування;

5) прохання особи, яка подає апеляцію;

6) перелік документів, які додаються до апеляції.

При обґрунтуванні прокурором та захисником необхідності зміни чи скасування вироку, ухвали, постанови апеляція повинна містити посилання на відповідні аркуші справи.

Про надходження апеляції суд першої інстанції оповіщає прокурора, інших зазначених осіб, інтересів яких стосується апеляція, направленням відповідних повідомлень та шляхом поміщення оголошення на дошці об'яв суду. Протягом п'яти діб з часу поміщення оголошення зазначені особи мають право одержати у суді копію апеляції або ознайомитися з нею в суді. Одночасно з врученням копії або ознайомленням з апеляцією їм роз'яснюється право протягом п'яти діб з цього часу подати свої заперечення на апеляцію.

Засудженому, що утримується під вартою, повідомлення про надходження апеляції та її копія вручаються через начальника відповідної установи. Одночасно йому роз'яснюється право протягом п'яти діб з часу вручення цих документів подати свої заперечення на апеляцію.

Заперечення на апеляцію додаються до справи або передаються безпосередньо до суду апеляційної інстанції.

У разі невиконання особою, яка подала апеляцію, вимог, передбачених ст. 350 цього Кодексу, головуючий своєю постановою залишає апеляцію без руху та повідомляє про необхідність виконання зазначених вимог закону протягом семи діб з моменту одержання повідомлення. Постанова оскарженню не підлягає.

Якщо у визначений строк ці вимоги не будуть виконані, то апеляція постановою головуючого визнається такою, що не підлягає розгляду.

У разі подання апеляції з пропуском установленого строку і за відсутності клопотання про його відновлення апеляція постановою головуючого визнається такою, що не підлягає розгляду.

У разі пропуску строку на апеляційне оскарження з поважних причин особи, які мають право на подання апеляції, можуть заявити клопотання перед судом, який постановив вирок чи виніс ухвалу, постанову, про відновлення пропущеного строку.

Питання про відновлення строку вирішується в судовому засіданні судом, який розглядав справу. Про день і час розгляду клопотання своєчасно повідомляються сторони, неявка яких у судове засідання не перешкоджає розгляду клопотання.

За результатами розгляду клопотання суд виносить ухвалу, постанову, якою поновлює пропущений строк або відмовляє у його поновленні і визнає апеляцію такою, що не підлягає розгляду.

Постанова судді чи ухвала суду, винесена відповідно до частин 1 та 4 ст. 350 може бути оскаржена до суду апеляційної інстанції, який має право своєю ухвалою відновити пропущений строк, визнати апеляцію такою, що піддягає розгляду, і дати розпорядження суду першої інстанції щодо виконання ним вимог Кодексу.

Подання апеляції на вирок, ухвалу чи постанову суду зупиняє набрання ними законної сили та їх виконання, за винятком передбачених у цьому Кодексі випадків.

Після виконання вимог, передбачених Кодексом, суд, який постановив вирок чи виніс ухвалу, постанову, протягом семи діб передає справу разом з поданою апеляцією і запереченнями на неї до апеляційного суду і визначає дату розгляду ним справи. Справа призначається до розгляду не пізніше трьох місяців з дня направлення її до апеляційного суду. Справа повинна надійти до апеляційного суду не пізніш як за один місяць до визначеної судом першої інстанції дати розгляду.

Про дату призначення справи до апеляційного розгляду суд першої інстанції оповіщає заінтересованих осіб направленням відповідних повідомлень та шляхом поміщення оголошення на дошці об'яв суду. Засудженому, що утримується під вартою, про призначення справи до апеляційного розгляду повідомляється через начальника відповідної установи.

Якщо в апеляції ставиться питання про погіршення становища засудженого чи виправданого, суд першої інстанції одночасно викликає до суду апеляційної інстанції цих осіб, їх законних представників, а також захисників, якщо їх участь у справі відповідно до вимог Кодексу є обов'язковою.

До початку розгляду справи в апеляційному суді особа, яка подала апеляцію, має право доповнити, змінити або відкликати її, а також подати свої заперечення на апеляцію іншого учасника судового розгляду.

Внесення до апеляції змін, які тягнуть за собою погіршення становища засудженого або виправданого, за межами строків на апеляційне оскарження не допускається.

Захисник засудженого чи виправданого може відкликати свою апеляцію тільки за згодою підзахисного і його законного представника. Захисник, який вступив до справи в апеляційному провадженні, може змінити чи доповнити апеляцію захисника, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції, лише за згодою засудженого чи виправданого та їх законних представників.

Засуджений або виправданий вправі відкликати свою апеляцію, а також апеляцію свого захисника, крім випадків, передбачених Кодексом.

Апеляція представника потерпілого може бути відкликана ним лише за згодою потерпілого, а також самим потерпілим.

8.19. Пояснення адвоката в апеляційній інстанції та їх відмінність від захисної промови у суді першої інстанції.

Адвокат надає пояснення в апеляційній інстанції під час судових дебатів, які в суді апеляційної інстанції проводяться відповідно до вимог, встановлених для суду першої інстанції. Судові дебати в суді апеляційної інстанції полягають у промовах учасників судового розгляду стосовно тієї частини вироку, яка оскаржена. Першими виступають особи, які подали апеляції. Прокурор, якщо він підтримує апеляцію, подану ним чи іншим прокурором, виступає першим, а в інших випадках — останнім.

8.20. Право касаційного оскарження. Захист у касаційній інстанції. Порядок і строки подання касаційної скарги. Мето дика складання адвокатом касаційної скарги. Відзив на касаційну скаргу. Межі перегляду справи у касаційному порядку.

У касаційному порядку можуть бути перевірені:

1) вироки, ухвали і постанови апеляційного суду, постановлені ним як судом першої інстанції;

2) вироки і постанови апеляційного суду, постановлені ним в апеляційному порядку.

У касаційному порядку також можуть бути перевірені вироки місцевих судів, постанови (ухвали) цих судів у справах про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру, інші постанови (ухвали), які перешкоджають подальшому провадженню у справі, ухвали апеляційного суду, постановлені щодо цих вироків, постанов (ухвал), крім випадків, коли апеляційною інстанцією зазначені рішення скасовано, а справу направлено на нове розслідування чи новий судовий розгляд.

Касаційні скарги на судові рішення, зазначені у ч. 1 ст. 383 Кодексу (тобто вироки, ухвали і постанови апеляційного суду, постановлені ним як судом першої інстанції; вироки і постанови апеляційного суду, постановлені ним в апеляційному порядку), мають право подати такі особи:

1) засуджений, його законний представник і захисник — у частині, що стосується інтересів засудженого;

2) виправданий, його законний представник і захисник — у частині мотивів і підстав виправдання;

3) законний представник, захисник неповнолітнього та сам неповнолітній, щодо якого застосовано примусовий захід виховного характеру, — у частині, що стосується інтересів неповнолітнього;

4) законний представник та захисник особи, щодо якої вирішувалося питання про застосування примусового заходу медичного характеру;

5) обвинувачений, щодо якого справу закрито, його законний представник і захисник — у частині мотивів і підстав закриття справи;

6) обвинувачений, щодо якого справу направлено на додаткове розслідування, його законний представник і захисник — у частині мотивів і підстав направлення справи на додаткове розслідування;

7) цивільний відповідач або його представник — у частині, що стосується вирішення позову;

8) прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції, а також прокурор, який затвердив обвинувальний висновок, — у межах обвинувачення, що підтримував прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої інстанції;

9) потерпілий і його представник — у частині, що стосується інтересів потерпілого, але в межах вимог, заявлених ними в суді першої інстанції;

10) цивільний позивач або його представник — у частині, що стосується вирішення позову;

11) особа, щодо якої винесено окрему ухвалу (постанову) суду;

12) інші особи у випадках, передбачених Кодексом.

Касаційні скарги на вироки місцевих судів, постанови (ухвали) цих судів у справах про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру, інші постанови (ухвали), які перешкоджають подальшому провадженню у справі, ухвали апеляційного суду, постановлені щодо цих вироків, постанов (ухвал), крім випадків, коли апеляційною інстанцією зазначені рішення скасовано, а справу направлено на нове розслідування чи новий судовий розгляд, мають право подати:

1) засуджений, його законний представник і захисник — у частині, що стосується інтересів засудженого;

2) виправданий, його законний представник і захисник — у частині мотивів і підстав виправдання;

3) законний представник, захисник неповнолітнього та сам неповнолітній, щодо якого застосовано примусовий захід виховного характеру, — у частині, що стосується інтересів неповнолітнього;

4) законний представник та захисник особи, щодо якої вирішувалося питання про застосування примусового заходу медичного характеру;

5) обвинувачений, щодо якого справу закрито, його законний представник і захисник — у частині мотивів і підстав закриття справи;

6) цивільний відповідач або його представник — у частині, що стосується вирішення позову;

7) потерпілий і його представник — у частині, що стосується інтересів потерпілого, але в межах вимог, заявлених ними в суді першої інстанції;

8) цивільний позивач або його представник — у частині, що стосується вирішення позову;

9) особа, щодо якої винесено окрему ухвалу (постанову) суду.

Касаційне подання на судові рішення, зазначені у ч. 1 ст. 383 Кодексу, має право подати прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої чи апеляційної інстанції, чи прокурор, який затвердив обвинувальний висновок.

Касаційне подання на вироки місцевих судів, постанови (ухвали) цих судів у справах про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру, інші постанови (ухвали), які перешкоджають подальшому провадженню у справі, ухвали апеляційного суду, постановлені щодо цих вироків, постанов (ухвал), крім випадків, коли апеляційною інстанцією зазначені рішення скасовано, а справу направлено на нове розслідування чи новий судовий розгляд, має право подати прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої чи апеляційної інстанції, а також Генеральний прокурор України та його заступники, прокурор Автономної Республіки Крим, прокурор області, міст Києва і Севастополя, прирівнені до них прокурори та їх заступники у межах їх повноважень — незалежно від їх участі в розгляді справи судом першої чи апеляційної інстанції.

Особам, які вправі подати касаційну скаргу, касаційне подання, надається можливість ознайомитися в суді з матеріалами справи для вирішення питання про внесення касаційної скарги чи подання.

Касаційні скарги і подання розглядаються:

1) колегією суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України — на судові рішення, постановлені Апеляційним судом Автономної Республіки Крим, апеляційними судами областей, міст Києва та Севастополя, вироки районних, районних у містах, міських та міськрайонних судів;

2) колегією суддів Військової судової колегії Верховного Суду України — на судові рішення, постановлені військовими судами регіонів і Військово-Морських Сил, судові рішення військових судів гарнізонів.

Касаційні скарги і подання на судові рішення, зазначені у ч. 1 ст. 383 Кодексу, можуть бути подані протягом одного місяця з моменту проголошення вироку чи оголошення ухвали або постанови, які оскаржуються, а засудженим, який перебуває під вартою, — в той самий строк з моменту вручення йому копії вироку чи постанови.

Касаційні скарги і подання на вироки місцевих судів, постанови (ухвали) цих судів у справах про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру, інші постанови (ухвали), які перешкоджають подальшому провадженню у справі, ухвали апеляційного суду, постановлені щодо цих вироків, постанов (ухвал), крім випадків, коли апеляційною інстанцією зазначені рішення скасовано, а справу направлено на нове розслідування чи новий судовий розгляд, можуть бути подані протягом шести місяців з моменту набрання ними законної сили.

Протягом строку, встановленого на касаційне оскарження, справа ніким не може бути витребувана із суду, який виконує судове рішення, за винятком суду касаційної інстанції.

У разі подачі скарги чи подання з пропуском встановленого частинами 1 і 2 ст. 386 КПК України строку і при відсутності клопотання про його відновлення скарга чи подання постановою судді визнається такою, що не підлягає розгляду. Цей строк може бути відновлений.

Касаційні скарги і подання на судові рішення, зазначені у ч. 1 ст. 383 Кодексу, подаються через суд, який постановив вирок чи виніс ухвалу або постанову, а на інші рішення — безпосередньо до касаційного суду. До скарги, подання додається стільки її копій, щоб їх можна було вручити всім учасникам судового розгляду, інтересів яких вона стосується. Цей обов'язок не поширюється на засудженого, який перебуває під вартою.

Справа з касаційними скаргами і поданнями на судові рішення, зазначені у ч. 1 ст. 383 Кодексу, передається до касаційного розгляду після надходження її до суду.

Касаційні скарги, подання на вироки місцевих судів, постанови (ухвали) цих судів у справах про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру, інші постанови (ухвали), які перешкоджають подальшому провадженню у справі, ухвали апеляційного суду, постановлені щодо цих вироків, постанов (ухвал), крім випадків, коли апеляційною інстанцією зазначені рішення скасовано, а справу направлено на нове розслідування чи новий судовий розгляд, передаються судді касаційного суду, який протягом 15 діб з часу їх надходження вирішує питання про витребування справи. Справа не витребовується, якщо скарга, подання не можуть бути предметом розгляду суду касаційної інстанції. Суддя вправі відмовити у витребуванні справи і тоді, коли зі скарги, подання та наданих до них судових рішень та інших документів вбачається, що підстав для їх задоволення немає. Про прийняте рішення суддя виносить мотивовану постанову, копія якої надсилається прокуророві чи особі, яка подала скаргу. Постанова оскарженню не підлягає. Відмова у витребуванні справи не перешкоджає витребуванню справи при повторному надходженні подання чи скарги за умови усунення зазначених у постанові суду недоліків і якщо вони надійшли в межах строку, визначеного Кодексом, або не пізніше одного місяця з дня одержання копії постанови про відмову у витребуванні справи.

Одночасно з витребуванням справи за наявності для цього підстав суддя може зупинити виконання судового рішення до розгляду подання чи скарги в суді, за винятком тих рішень, що зазначені у ч. 1 ст. 383 Кодексу.

Подання касаційних скарг чи подання на судові рішення, зазначені у ч. 1 ст. 383 Кодексу, зупиняє набрання ними законної сили.

Подання касаційних скарг чи подання на вироки місцевих судів, постанови (ухвали) цих судів у справах про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру, інші постанови (ухвали), які перешкоджають подальшому провадженню у справі, ухвали апеляційного суду, постановлені щодо цих вироків, постанов (ухвал), крім випадків, коли апеляційною інстанцією зазначені рішення скасовано, а справу направлено на нове розслідування чи новий судовий розгляд, не зупиняє набрання ними законної сили.

У засіданні суду касаційної інстанції, яке проводиться за участю прокурора, можуть брати участь такі особи:

1) засуджений, його законний представник і захисник — у частині, що стосується інтересів засудженого;

2) виправданий, його законний представник і захисник — у частині мотивів і підстав виправдання;

3) законний представник, захисник неповнолітнього та сам неповнолітній, щодо якого застосовано примусовий захід виховного характеру, — у частині, що стосується інтересів неповнолітнього;

4) законний представник та захисник особи, щодо якої вирішувалося питання про застосування примусового заходу медичного характеру;

5) обвинувачений, щодо якого справу закрито, його законний представник і захисник — у частині мотивів і підстав закриття справи;

6) цивільний відповідач або його представник — у частині, що стосується вирішення позову;

7) потерпілий і його представник — у частині, що стосується інтересів потерпілого, але в межах вимог, заявлених ними в суді першої інстанції;

8) цивільний позивач або його представник — у частині, що стосується вирішення позову;

9) особа, щодо якої винесено окрему ухвалу (постанову) суду.

У разі потреби суд має право запросити цих осіб для дачі пояснень. Клопотання засудженого, який утримується під вартою, про виклик його для дачі пояснень при касаційній перевірці судових рішень, визначених у ч. 1 ст. 383 Кодексу, якщо воно подане в межах строку на касаційне оскарження, є обов'язковим для суду касаційної інстанції.

Учасники судового розгляду, що з'явилися у судове засідання, мають право давати пояснення.

Касаційне подання, касаційна скарга на судові рішення, зазначені у ч. 1 ст. 383 Кодексу, призначаються до касаційного розгляду не пізніше двох місяців з дня їх направлення до касаційного суду, а подання чи скарга на вироки місцевих судів, постанови (ухвали) цих судів у справах про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру, інші постанови (ухвали), які перешкоджають подальшому провадженню у справі, ухвали апеляційного суду, постановлені щодо цих вироків, постанов (ухвал), крім випадків, коли апеляційною інстанцією зазначені рішення скасовано, а справу направлено на нове розслідування чи новий судовий розгляд, — не пізніше двох місяців з дня винесення ухвали про призначення справи до касаційного розгляду.

Не пізніше як за три дні до розгляду справи у приміщенні касаційного суду має бути вивішено оголошення про час і місце розгляду справи. В необхідних випадках за ухвалою касаційного суду розгляд справи може бути перенесено.

Про зміну дати розгляду справи суд касаційної інстанції заздалегідь повідомляє осіб, які беруть участь у справі.

На ствердження або спростування доводів, викладених у скарзі або поданні, особи, що їх подали, мають право подати до касаційного суду документи, яких не було у справі. Нові матеріали не можуть отримуватися шляхом проведення слідчих дій. Особа, яка подала нові матеріали, повинна вказати, яким шляхом вони були одержані та яке значення вони мають для вирішення справи.

Нові матеріали можуть бути витребувані також касаційним судом.

Справа з касаційними скаргами і поданнями на судові рішення, зазначені у ч. 1 ст. 383 Кодексу, розглядається з обов'язковим повідомленням прокурора та таких осіб:

1) засуджений, його законний представник і захисник — у частині, що сто сується інтересів засудженого;

2) виправданий, його законний представник і захисник — у частині мотивів і підстав виправдання;

3) законний представник, захисник неповнолітнього та сам неповнолітній, щодо якого застосовано примусовий захід виховного характеру, — у частині, що стосується інтересів неповнолітнього;

4) законний представник та захисник особи, щодо якої вирішувалося питання про застосування примусового заходу медичного характеру;

5) обвинувачений, щодо якого справу закрито, його законний представник і захисник — у частині мотивів і підстав закриття справи;

6) цивільний відповідач або його представник — у частині, що стосується вирішення позову;

7) потерпілий і його представник — у частині, що стосується інтересів потерпілого, але в межах вимог, заявлених ними в суді першої інстанції;

8) цивільний позивач або його представник — у частині, що стосується вирішення позову;

9) особа, щодо якої винесено окрему ухвалу (постанову) суду.

Справа з касаційними скаргами і поданнями на інші судові рішення протягом тридцяти діб після її находження розглядається касаційним судом у складі трьох суддів.

Касаційний суд перевіряє законність та обґрунтованість судового рішення за наявними у справі і додатково поданими матеріалами в тій частині, в якій воно було оскаржене. Суд касаційної інстанції вправі вийти за межі касаційних вимог, якщо цим не погіршується становище засудженого чи виправданого.

Якщо задоволення скарги чи подання дає підстави для прийняття рішення на користь інших засуджених, від яких не надійшли скарги або щодо яких не внесено подання, касаційний суд зобов'язаний прийняти таке рішення.

У результаті касаційного розгляду справи суд приймає одне з таких рішень:

1) залишає вирок, постанову чи ухвалу без зміни, а касаційні скарги чи подання — без задоволення;

2) скасовує вирок, постанову чи ухвалу і направляє справу на нове розслідування або новий судовий чи апеляційний розгляд;

3) скасовує вирок, постанову чи ухвалу і закриває справу;

4) змінює вирок, постанову чи ухвалу.

У разі відкликання касаційних скарг чи подання касаційний суд виносить ухвалу про закриття касаційного провадження, якщо іншими учасниками судового розгляду рішення не було оскаржене в касаційному порядку.

Касаційний суд не вправі посилити покарання або застосувати закон про більш тяжкий злочин.

Обвинувальний вирок, постановлений апеляційним чи місцевим судом, ухвалу апеляційного суду щодо вироку місцевого суду може бути скасовано у зв'язку з необхідністю застосувати закон про більш тяжкий злочин або більш суворе покарання лише у разі, коли з цих підстав уніс подання прокурор або подав скаргу потерпілий чи його представник.

Виправдувальний вирок, постановлений апеляційним чи місцевим судом, ухвалу апеляційного суду щодо вироку місцевого суду може бути скасовано не інакше як за поданням прокурора, скаргою потерпілого чи його представника, а також за скаргою виправданої особи з мотивів виправдання.

Підставами для скасування або зміни вироку, ухвали, постанови є:

1) істотне порушення кримінально-процесуального закону;

2) неправильне застосування кримінального закону;

3) невідповідність призначеного покарання тяжкості злочину та особі засудженого.

Вирок апеляційного суду, постановлений ним як судом першої інстанції, може бути скасований або змінений і у зв'язку з однобічністю, неповнотою дізнання, досудового чи судового слідства або невідповідністю висновків суду, викладених у вироку, фактичним обставинам справи.

Касаційний суд не вправі скасувати виправдувальний вирок або ухвалу, постанову про закриття справи лише з мотивів істотного порушення прав обвинуваченого.

Вказівки суду, який розглянув справу в касаційному порядку, є обов'язковими для органів дізнання чи досудового слідства при додатковому розслідуванні і суду першої чи апеляційної інстанції при повторному розгляді справи.

Посилення покарання або застосування закону про більш тяжкий злочин при новому розгляді справи судом першої інстанції або апеляційним судом допускається тільки за умови, що вирок було скасовано за м'якістю покарання або у зв'язку з необхідністю застосування закону про більш тяжкий злочин за поданням прокурора або за скаргою потерпілого чи його представника, а також коли при новому розслідуванні справи буде встановлено, що обвинувачений вчинив більш тяжкий злочин, або коли збільшився обсяг обвинувачення.

Касаційний суд, установивши обставини, передбачені як такі, на підставі яких особа звільняється від кримінальної відповідальноті, скасовує обвинувальний вирок чи постанову і закриває справу.

Для виконання ухвали касаційного суду справа надсилається до суду першої інстанції не пізніше п'яти діб після її розгляду або після складання і оголошення мотивованої ухвали.

Якщо на підставі касаційної ухвали засуджений підлягає звільненню з-під варти, суд звільняє його з-під варти в залі судового засідання. У випадку прийняття такого рішення за відсутності засудженого, копія ухвали надсилається протягом доби адміністрації місця досудового ув'язнення для виконання. Адміністрація місця досудового ув'язнення зобов'язана протягом доби з дня одержання копії ухвали повідомити касаційний суд та суд першої інстанції про звільнення ув'язненого з-під варти.

Суд першої інстанції зобов'язаний перевірити виконання ухвали про звільнення ув'язненого з-під варти.

8.21. Строки у кримінальному процесі. Специфіка роботи адвоката у питаннях застосування строків у кримінальному процесі.

Строки, встановлені КПК України, обчислюються годинами, добами (днями) і місяцями. При обчисленні строків не беруться до уваги той день і та година, від яких починається строк.

При обчисленні строку добами строк закінчується о 24 годині останньої доби. Якщо відповідну дію належить провести в суді або в органах дізнання і досудового слідства, то строк закінчується у встановлений час закінчення робочого дня в цих установах.

При обчисленні строків місяцями строк закінчується у відповідне число останнього місяця.

Якщо закінчення строку припадає на неробочий день, то останнім днем строку вважається наступний робочий день. Якщо закінчення строку, який обчислюється місяцями, припадає на той місяць, який не має відповідного числа, то строк закінчується в останній день цього місяця.

Строк не вважається пропущеним, коли скаргу або інший документ здано до закінчення строку на пошту, а для осіб, що тримаються під вартою, — коли скаргу або інший документ здано адміністрації місця досудового ув'язнення.

Пропущений з поважних причин строк повинен бути поновлений за клопотанням заінтересованої особи постановою органу дізнання, слідчого, прокурора, ухвалою суду або постановою судді.

Подача клопотання про поновлення пропущеного строку зупиняє виконання рішення, оскарженого з пропуском строку, до вирішення питання про поновлення строку.

Судові витрати складаються:

1) із сум, що видані і мають бути видані свідкам, потерпілим, експертам, спеціалістам, перекладачам і понятим;

2) із сум, витрачених на зберігання, пересилання і дослідження речових доказів;

3) з інших витрат, що їх зробили органи дізнання, досудового слідства і суд при провадженні у даній справі.

Свідки, потерпілі, законні представники потерпілих, перекладачі, експерти, спеціалісти і поняті мають право на відшкодування їм витрат з явки за викликом в органи дізнання, досудового слідства, прокуратури і до суду.

За переліченими вище особами зберігається середній заробіток по місцю роботи за час, витрачений у зв'язку з явкою за викликом. Особам, які не є робітниками чи службовцями, виплачується винагорода за відрив їх від занять.

Експерти, спеціалісти і перекладачі, крім того, мають право на винагороду за виконання своїх обов'язків, якщо виконання дорученої їм роботи не входить в їх обов'язок по службі.

Зазначені виплати провадяться з коштів органів дізнання, досудового слідства і суду. Порядок виплати і розмір сум, що підлягають виплаті, визначаються відповідною інструкцією.

Судові витрати покладаються на засуджених, крім сум, що видані і мають бути видані перекладачам або приймаються на рахунок держави.

При визнанні підсудного винним суд постановляє стягти з нього судові витрати. У тому разі, якщо винними буде визнано декількох осіб, суд постановляє, в якому розмірі повинні бути стягнені витрати з кожного з них, ураховуючи при цьому ступінь вини та майновий стан засуджених.

Якщо підсудний буде визнаний винним, але звільнений від покарання, суд має право покласти на нього судові витрати.

При закритті справи у зв'язку з примиренням потерпілого з обвинуваченим у справах про злочини, провадження в яких порушується за заявою потерпілого, суд може покласти судові витрати на одного з них або на обох.

Судові витрати у разі неспроможності особи, з якої вони мають бути стягнуті, а також судові витрати, пов'язані з виплатою сум перекладачеві, приймаються на рахунок держави.

Оплата праці захисника у разі його участі у справі за призначенням провадиться за рахунок держави в порядку і розмірах, установлених Кабінетом Міністрів України. Відшкодування державі витрат у цьому випадку за згодою засудженого або осіб, які несуть майнову відповідальність за його дії, може бути покладено на них.

8.22. Скасування вироків за винятковими обставинами. Забезпечення права на захист у таких ситуаціях. Підготовка адвокатом клопотання про перевірку справи за винятковими обставинами.

Підставами для перегляду судових рішень, що набрали законної сили, в порядку виключного провадження є:

1) нововиявлені обставини;

2) неправильне застосування кримінального закону та істотне порушення вимог кримінально-процесуального закону, які істотно вплинули на правильність судового рішення.

Перегляд судових рішень з підстав, передбачених у п. 2, з метою застосувати закон про більш тяжкий злочин, збільшити обсяг обвинувачення чи з інших підстав погіршити становище засудженого, а також виправдувального вироку, ухвали чи постанови про закриття справи не допускається.

Нововиявленими обставинами визнаються:

1) фальсифікація доказів, неправильність перекладу, а також показань свідка, потерпілого, обвинуваченого, підсудного, висновку і пояснень судового експерта, на яких ґрунтується вирок;

2) зловживання прокурора, дізнавача, слідчого чи суддів під час провадження у справі;

3) всі інші обставини, які не були відомі суду при винесенні судового рішення і які самі по собі або разом із раніше виявленими обставинами доводять неправильність засудження або виправдання підсудного.

Фальсифікація доказів, завідомо неправильний переклад, завідомо неправдиві показання свідка, потерпілого, завідомо неправильний висновок і пояснення судового експерта, зловживання прокурорів, дізнавачів, слідчих і суддів є підставами для перегляду судових рішень, що набрали законної сили, у порядку виключного провадження лише в тому разі, коли вони установлені вироком, що набрав законної сили, а за неможливості постановлення вироку — матеріалами розслідування.

Перегляд виправдувального вироку, ухвали чи постанови про закриття справи за нововиявленими обставинами допускається лише протягом встановлених законом строків давності притягнення до кримінальної відповідальності і не пізніше одного року з дня виявлення нових обставин.

Днем виявлення нових обставин є день набрання законної сили вироком суду щодо свідка, потерпілого, судового експерта, перекладача у зв'язку з дачею ними завідомо неправдивих показань, завідомо неправильного висновку, пояснень чи перекладу, щодо прокурора, дізнавача, слідчого, судді у зв'язку з допущеним ними зловживанням, а також щодо інших осіб у зв'язку з фальсифікацією ними доказів, а при неможливості постановлення вироку — день складання прокурором за матеріалами розслідування висновку про наявність нововиявлених обставин.

Днем виявлення нових обставин у вигляді дій певних осіб, які не підпадають під ознаки злочинів, а також інших обставин є день складання прокурором висновку про підтвердження таких обставин матеріалами розслідування.

За наявності доказів, які підтверджують, що особа вчинила більш тяжкий злочин, ніж той, за який вона була засуджена, справа може бути відновлена у зв'язку з нововиявленими обставинами тільки протягом строку давності притягнення до кримінальної відповідальності за більш тяжкий злочин.

За наявності доказів, які підтверджують невинуватість засудженого або вчинення ним менш тяжкого злочину, відновлення справи за нововиявленими обставинами строками не обмежено.

Перегляд судових рішень з підстав неправильного застосування кримінального закону та істотне порушення вимог кримінально-процесуального закону, які істотно вплинули на правильність судового рішення, строком не обмежується.

Відбуття покарання або смерть засудженого не є перешкодою для перегляду справи в інтересах його реабілітації.

Подання про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами мають право вносити Генеральний прокурор України та його заступники, прокурор Автономної Республіки Крим, прокурор області, прокурор міст Києва чи Севастополя, військовий прокурор (на правах прокурора області).

Подання про внесення на судовий розгляд клопотання про перегляд судового рішення з підстав неправильного застосування кримінального закону та істотне порушення вимог кримінально-процесуального закону, які істотно вплинули на правильність судового рішення, мають право вносити судді касаційного суду в кількості не менше п'яти осіб.

Заяви про перегляд справи заінтересовані особи, підприємства, установи, організації і посадові особи подають прокуророві. З метою перевірки заяви прокурор вправі витребувати справу із суду.

Прокурор у всіх випадках, коли йому стануть відомі нові обставини у справі, зобов'язаний особисто або через органи дізнання чи слідчих провести необхідне розслідування цих обставин.

Про призначення розслідування нововиявлених обставин виноситься постанова, і розслідування провадиться за правилами, встановленими Кодексом для проведення досудового слідства.

Закінчивши розслідування нововиявлених обставин, районний, міський прокурор за наявності підстав для відновлення справи направляє її разом з матеріалами розслідування або вироком, що набрав законної сили, яким винні у зловживанні або фальсифікації доказів у справі уже засуджені, і своїм висновком відповідно прокуророві Автономної Республіки Крим, прокуророві області, прокуророві міст Києва чи Севастополя, військовому прокурору (на правах прокурора області), який і вирішує питання про принесення подання до апеляційного суду.

Справи, в яких вирок винесено апеляційним судом, прокурор Автономної Республіки Крим, прокурор області або прокурор міст Києва, Севастополя, військовий прокурор (на правах прокурора області) направляє Генеральному прокурору України, який вирішує питання про принесення подання до касаційного суду.

Коли прокурор не вбачає підстав для перегляду справи у зв'язку з нововиявленими обставинами, він відмовляє в цьому своєю вмотивованою постановою, про що повідомляє осіб та підприємства, установи, організації, які подали заяви. Ця постанова прокурора може бути оскаржена вищестоящому прокуророві.

Клопотання про перегляд судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами вправі подавати прокуророві учасники процесу, а також інші особи, якщо таке право надано їм законом.

Клопотання про перегляд судового рішення з підстав неправильного застосування кримінального закону та істотне порушення вимог кримінально-процесуального закону, які істотно вплинули на правильність судового рішення, вправі подавати засуджений, його захисник чи законний представник, прокурор, який брав участь у розгляді справи судом першої, апеляційної чи касаційної інстанції, Генеральний прокурор України та його заступники, прокурор Автономної Республіки Крим, прокурор області, міст Києва і Севастополя, прирівнені до них прокурори та їх заступники у межах їх повноважень — незалежно від їх участі в розгляді справи судом, а також інші особи, якщо таке право надано їм законодавчими актами України.

Переписка з приводу надходження клопотань про перегляд касаційним судом справ на підставах неправильного застосування кримінального закону та істотне

порушення вимог кримінально-процесуального закону, які істотно вплинули на правильність судового рішення, з засудженим, захисником чи законним представником касаційним судом не ведеться. Суддя, який розглядає клопотання про перегляд судового рішення з таких підстав, вправі витребувати справу із суду.

На підставі подання, підписаного не менш як п'ятьма суддями касаційного суду, клопотання про перегляд судового рішення на підставах неправильного застосування кримінального закону та істотне порушення вимог кримінально-процесуального закону, які істотно вплинули на правильність судового рішення, справа призначається до судового розгляду.

Подання про перегляд справи у зв'язку з нововиявленими обставинами розглядається апеляційним чи касаційним судом за правилами, установленими для перегляду справ у касаційному порядку.

Попередній розгляд справи в апеляційному чи касаційному порядку не перешкоджає її розгляду в тій самій судовій інстанції в порядку відновлення у зв'язку з нововиявленими обставинами.

Подання суддів про судовий розгляд клопотання щодо перегляду судового рішення з підстав неправильного застосування кримінального закону та істотне порушення вимог кримінально-процесуального закону, які істотно вплинули на правильність судового рішення, розглядається на спільному засіданні судових палат Верховного Суду України, уповноважених законом на розгляд кримінальних справ за правилами, встановленими для перегляду справ у касаційному і порядку. Спільне засідання судових палат є правомочним за наявності не менше двох третин складу кожної з палат. Головує на засіданні голова судової колегії в кримінальних справах чи інший суддя. Ухвала спільного засідання приймається більшістю голосів відкритим голосуванням. Вона складається суддею-доповідачем і підписується головуючим та цим

Зміст

1. Історія адвокатури. Правове становище адвокатури та адвокатська діяльність 5

1.1. Походження та історичний шлях світової адвокатури. Адвокатура й судові оратори Стародавньої Греції та Риму. Друковані памятки видатних адвокатів цих країн щодо адвокатської професії та ораторського мистецтва 5

1.2. Історія української адвокатури. Судове представництво у Київській Русі у IX-XШ ст. та характерні риси цього представництва 10

1.3. Формування професійної адвокатури в Україні, виникнення поняття «адвокат». Пам'ятки права XIV-XVI ст. Вимоги щодо осіб, які виявили намір займатися адвокатською діяльністю 12

1.4. Судова реформа 1864 р. у Росії. Де і коли в Україні були створені Ради присяжних повірених. Принципи організації та діяльності адвокатури у 1864-917 рр. Повноваження Рад присяжних повірених. Найвідоміші адвокати цього періоду 12

1.5. Адвокатура України у 1917-1922 рр. Органи, що займалися організацією судового захисту та представництва, і хто саме виконував обов'язки адвокатів щодо захисту й представництва громадян. Організаційні форми адвокатської діяльності у цей період 14

1.6. Адвокатура України у 1922-1931 рр. Керівні органи адвокатури та їх повноваження. Судова реформа 1922 р. Нормативні акти, що регулювали організацію та діяльність адвокатури України у цей період. Порядок набуття статусу адвоката в ці роки 16

1.7. Адвокатура України у період 1931-1939 рр. Форми діяльності адвокатів, правове та фінансове становище об'єднань адвокатів, оплата праці адвокатів, організація контролю за діяльністю адвокатів та дисциплінарна відповідальність адвокатів 16

1.8. Нормативно-правові акти, які регулювали діяльність адвокатури у період 1939-1962 рр. Правове становище колегій адвокатів та організація діяльності юридичних консультацій. Оплата праці адвокатів. Нормативні акти, які передбачали і регулювали питання

оплати праці. Дисциплінарна відповідальність адвокатів та порядок оскарження дисциплінарних стягнень 16

1.9. Правове становище адвокатури України у 1962-1980 рр. Законодавчі та нормативні акти, що регулювали діяльність адвокатури у цей період. Керівні органи колегій адвокатів та їх повноваження. Прийом та виключення із колегій адвокатів 17

1.10. Адвокатура України у 1980-1990 рр. Нормативно-правові акти, що регулювали діяльність адвокатури у цей період. Створення Спілки адвокатів України. Мета, завдання), структура та органи Спілки адвокатів України ……………….............................18

1.11. Закон України «Про адвокатуру». Його підготовка, прийняття та введення в дію. Набуття статусу адвоката за цим Законом. Права та обов'язки адвоката, оплата праці та дисциплінарна відповідальність . .. .19

1.12. Нормативно-правові акти, що регулюють діяльність адвокатури у сучасний період. Положення про кваліфікаційно-дисциплінарну комісію адвокатури та Вищу кваліфікаційну комісію адвокатури, Правила адвокатської етики, Положення про оплату праці адвокатів за призначенням 22

1.13. Організаційні форми діяльності адвокатів за Законом України «Про адвокатуру». Правове становище та реєстрація адвокатських об'єднань та адвокатів, які займаються адвокатською діяльністю індивідуально. Взаємовідносини адвокатури з Міністерством юстиції України та з органами місцевого самоврядування 35

1.14. Види адвокатської діяльності. Особливості у виконанні доручень у кримінальних та цивільних справах: прийняття доручення, встановлення розміру та порядку внесення гонорару, обрання правової позиції у справі та узгодження її з клієнтом, можливості та підстави припинення виконання доручення у справі та дострокове розірвання угоди на надання правової допомоги 36

1.15. Завдання адвокатури згідно з Конституцією України. Коло осіб, які можуть залучатися до надання правової допомоги як захисники у кримінальній справі. Рішення Конституційного Суду України та постанови Пленуму Верховного Суду України з цього питання .. .42

1.16. Адвокатська таємниця і гарантії адвокатської діяльності згідно з Законом України «Про адвокатуру». Оскарження адвокатом дій певних осіб, що посягають на збереження адвокатської таємниці та порушують гарантії адвокатської діяльності 56

1.17. Кримінальна відповідальність за порушення, пов'язані з обмеженням права на захист, втручання й перешкоди здійснення діяльності захисника та представника. Дії адвоката при встановленні зазначених порушень та обмежень діяльності захисника 57

1.18. Адвокат у адвокатському об'єднанні. Його права та обов'язки.
Виконання доручень за призначенням.
Надання безоплатної правової допомоги громадянам.
Прийняття доручень та складанні угоди
на надання правової допомоги 58

1.19.Адвокат, який займається адвокатською діяльністю індивідуально.
Органи та термін реєстрації такої адвокатської діяльності.
Облік та звітність індивідуальної адвокатської діяльності.
Обов'язок адвоката, який займається адвокатською діяльністю
індивідуально, щодо виконання доручень із захисту громадян
за призначенням органів досудового слідства та суду.......................... 59

1.20. Оплата праці адвоката та помічника адвоката. Системи оплати
праці можуть встановлюватися при укладанні угоди
про надання правової допомоги. Основні та додаткові підстави
оплати праці адвоката. Оплата праці адвоката при достроковому
припиненні виконання угоди про надання правової допомоги 60

1.21. Дисциплінарна відповідальність адвоката. Правові засади та види.....
дисциплінарних стягнень. Умови та порядок порушення
і дисциплінарного провадження про притягнення адвоката
до дисциплінарної відповідальності.
Порядок та строки оскарження дисциплінарних стягнень.......................65

1.22.Припинення адвокатської діяльності. Відносини адвокатури
з Міністерством юстиції та органами місцевого самоврядування.
Спілки та асоціації, в які можуть об'єднуватися адвокати.....................67

2. Правила адвокатської етики...68

2.1. Основні принципи адвокатської етики згідно
з Правилами адвокатської етики..68

2.2. Конфіденційність. Обов'язки адвоката щодо збереження
конфіденційної інформації, одержаної від клієнта чи стосовно
клієнта відповідно до Правил адвокатської етики 72

2.3. Компетентність та сумлінність. Обов'язки адвоката з дотримання.......
цих принципів згідно з Правилами адвокатської етики 73

2.4. Рекламування діяльності адвокатів. Які відомості рекламного характеру
щодо своєї діяльності може і які не може використовувати
адвокат згідно з Правилами адвокатської етики ....

2.5. Відносини адвоката з клієнтами. Форма та зміст угоди з клієнтом
про надання правової допомоги відповідно
до Правил адвокатської етики ....

2.6. Особи, від яких адвокат може прийняти доручення на надання
правової допомоги. Забезпечення реальної згоди клієнта
на надання йому допомоги певним адвокатом
згідно з Правилами адвокатської етики ....

2.7. Інформування клієнта щодо правової позиції у справі.
Відмова адвоката від виконання доручення у зв'язку

зі зміною фактичних та правових підстав для досягнення бажаного для клієнта результату відповідно до Правил адвокатської етики ... .77

2.8. Дотримання принципу законності на стадії прийняття та виконання доручення клієнта. Дотримання поваги до прав інших адвокатів на стадії прийняття доручення клієнта згідно з Правилами адвокатської етики 78

2.9. Етичні засади прийняття доручення на здійснення посередництва між клієнтами. Підстави та наслідки припинення адвокатом виконання доручення, пов'язаного з посередництвом між клієнтами згідно з Правилами адвокатської етики 79

2.10. Засади прийняття доручення клієнта декількома адвокатами згідно з Правилами адвокатської етики 80

2.11. Гонорар. Фактори, що повинні братися до уваги при визначенні розміру гонорару згідно з Правилами адвокатської етики 80

2.12. Гонорарні відносини у разі дострокового розірвання угоди. Отримання гонорару за фактично виконану правову допомогу згідно з Правилами адвокатської етики 82

2.13. Одностороннє розірвання адвокатом чи особою угоди про надання правової допомоги згідно з Правилами адвокатської етики 83

2.14. Етичні аспекти відносин адвоката з клієнтом — юридичною особою згідно з Правилами адвокатської етики 84

2.15. Етичні аспекти здійснення захисту за призначенням. Випадки, коли адвокат може відмовитися від виконання захисту за дорученням згідно з Правилами адвокатської етики 86

2.16. Етичні аспекти надання адвокатом правової допомоги малозабезпеченим громадянам згідно з Правилами адвокатської етики 86

2.17. Відносини адвоката з судом. Дотримання адвокатом принципів незалежності та конфіденційності у цих відносинах згідно з Правилами адвокатської етики 87

2.18. Відносини адвоката з іншими учасниками судового процесу. Обов'язки адвоката при виконанні доручень на стадії дізнання, досудового слідства і адміністративної юрисдикції згідно з Правилами адвокатської етики 89

2.19. Відносини адвоката при здійсненні професійної діяльності з іншими державними органами та особами згідно з Правилами адвокатської етики 89

2.20. Відносини між адвокатами та окремі етичні аспекти цих відносин. Форми реагування адвоката на незаконні або неетичні дії іншого адвоката. Майнові аспекти відносин між адвокатами згідно з Правилами адвокатської етики..90

2.21. Дотримання норм адвокатської етики в громадській, науковій та публіцистичній діяльності адвоката згідно з Правилами адвокатської етики 91

2.22. Відповідальність за порушення Правил адвокатської етики згідно з Правилами адвокатської етики 91

3. Захист прав людини 93

3.1. Захист прав людини та приведення української системи цього захисту за формою і змістом до європейського рівня....................93

3.2. Правова система України та європейська правова традиція 100

3.3. Право на життя та обов'язок позитивних дій держави. Заборона смертної кари, питання екстрадиції та видачі правопорушників 109

3.4. Заборона катувань, нелюдського та такого, що принижує гідність, поводження або покарання 112

3.5. Заборона рабства та примусової праці 129

3.6. Право на свободу і особисту недоторканність. Свобода пересування 132

3.7. Право на справедливий судовий розгляд 141

3.8. Заборона зворотної дії кримінального права 149

3.9. Право на повагу до приватного життя 150

3.10. Свобода думки, совісті і віросповідання 168

3.11. Свобода вираження 173

3.12. Свобода мирних зібрань та об'єднань 199

3.13. Право на ефективний засіб захисту прав та свобод, гарантованих Конвенцією 204

3.14. Заборона дискримінації 207

3.15. Право власності у Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 211

3.16. Право на оскарження в кримінальних справах. Відшкодування за судову помилку 217

3.17. Право на освіту. Право на вільні вибори 218

3.18. Процедура розгляду справ у Європейському суді з прав людини . .225

3.19. Критерії прийнятності заяви до розгляду Європейським судом з прав людини 228

3.20.Характеристика виняткових випадків, коли не потрібне вичерпання національних засобів захисту 229

3.21. Виконання рішень Європейського суду з прав людини 231

4. Конституційне законодавство 239

4.1. Конституція України щодо питань діяльності адвокатури. Механізми реалізації цих конституційних положень 239

4.2. Право громадян на працю. Правова допомога, яка може бути надана адвокатом з дотримання передбаченого Конституцією права на працю 245

4.3. Конституційні гарантії захисту честі, гідності та ділової репутації особи. Механізм правової допомоги, що може бути надана адвокатом із захисту цих прав 249

4.4. Відшкодування матеріальної та моральної шкоди, заподіяної особі органами державної влади та місцевого самоврядування. Допомога адвоката у представництві громадян у цих справах.............251

4.5. Конституційний Суд України і його повноваження. Звернення до Конституційного Суду України та порядок їх розгляду 255

4.6. Судова система згідно з Конституцією України. Основні засади судочинства 259

4.7. Правові засади звернення до Європейського суду з прав людини. Вимоги до складання звернення до цього Суду. Рішення Європейського суду щодо розгляду цих звернень та наслідки прийнятих рішень 266

4.8. Право на житло згідно з Конституцією України. Правова допомога адвоката із захисту прав та законних інтересів громадян щодо дотримання цього права...........280

4.9. Оскарження до суду рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, місцевого самоврядування, посадових та службових осіб. Правові підстави для виконання адвокатом доручень із захисту порушення вказаних дій...................................... .282

4.10. Правовідносини, на які поширюється і на які не поширюється юрисдикція судів. Умови призначення на посаду судді. Звільнення суддів з посади 283

4.11. Право на освіту та охорону здоров'я. Правова допомога адвоката з дотримання зазначених конституційних гарантій громадян 284

4.12. Соціальний захист громадян згідно з Конституцією України. Правова допомога адвоката із захисту цих прав 297

4.13. Питання шлюбу, сім'ї, батьківства і материнства відповідно до Конституції України 303

4.14. Громадянство України. Набуття та втрата громадянства. Нормативно-правові акти, що регулюють вирішення цих питань .. .306

4.15. Державний устрій України. Формування парламенту, уряду, органів місцевого самоврядування. Президент України, умови обрання, його повноваження щодо вступу законів у дію 314

4.16. Обов'язки громадян України. Правова допомога адвоката у випадках притягнення громадян до відповідальності за порушення конституційних обов'язків 324

4.17. Права людини згідно з Конституцією України. Захист прав людини і громадянина. Механізм реалізації цих прав . .326

4.18. Перелік прав і свобод, які регулюються винятково законами України. Порядок прийняття законів та набрання ними чинності 331

4.19. Акти Кабінету Міністрів України, їх прийняття та результати згідно з Конституцією України. Формування та повноваження Кабінету Міністрів України 333

4.20. Прокуратура України її завдання, організація та порядок діяльності згідно з Конституцією України 334

4.21. Недоторканність людини, права заарештованого та затриманого. Оскарження затримання та порушення кримінальної справи 335

4.22. Політичні партії, громадські організації, професійні спілки. Утворення та діяльність політичних партій і громадських організацій згідно з Конституцією України 336

5. Цивільне право 342

5.1. Цивільна правоздатність і дієздатність. Цивільна дієздатність фізичної особи. Повна цивільна дієздатність. Правові підстави надання повної цивільної дієздатності. Опіка та піклування. Органи опіки та піклування. Правочини, які вчиняються з дозволу органу опіки та піклування. Порушення при укладенні правочинів, що потребують надання дозволу зазначених органів 342

5.2. Поняття та види правочинів. Загальні вимоги закону, дотримання яких є необхідним для чинності правочину. Вчинення усного правочину. Вимоги закону до письмової форми правочину. Нотаріальне посвідчення правочину. Відмова від правочину. Підстави недійсності правочину та правові наслідки його недійсності 350

5.3. Правові наслідки вчинення правочину малолітньою та неповнолітньою особою за межами їх цивільної дієздатності. Правові наслідки вчинення правочину дієздатною фізичною особою, яка у момент його вчинення не усвідомлювала значення своїх дій та не могла керувати ними...356

5.4. Правові наслідки вчинення правочину фізичною особою, цивільна дієздатність якої обмежена, або недієздатною особою. Правові наслідки правочину, вчиненого під впливом помилки або під впливом тяжкої обставини 357

5.5. Правові наслідки вчинення правочину під впливом обману чи насильства. Праві наслідки фіктивного або удаваного правочину 359

5.6. Цивільне представництво. Представництво за довіреністю. Форми і строки довіреності.
Представництво за законом. Комерційне представництво.
Передоручення. Скасування довіреності 360

5.7. Поняття позовної давності. Загальна і спеціальна позовна давність. Обчислення позовної давності. Застосування судом позовної давності. Наслідки спливу позовної давності.
Вимоги, на які позовна давність не поширюється 362

5.8. Поняття та види особистих немайнових прав. Спростування недостовірної інформації. Право на відшкодування майнової та моральної шкоди. Особисті немайнові права.
Право фізичної особи на інформацію.
Таємниця власної кореспонденції. Судовий захист особистих немайнових прав 365

5.9. Право на повагу до гідності та честі, недоторканності ділової репутації. Відповідальність за порушення цих прав 369

5.10. Право власності. Форми права власності в Україні.
Підстави набуття права власності. Набувальна давність.
Право спільної власності. Право спільної часткової власності.
Визначення часток. Поділ (виділ) частки з майна, що є у спільній власності 369

5.11. Переважне право купівлі частки у праві спільної часткової власності. Наслідки порушення переважного права купівлі частки у спільній власності. Строки позовної давності звернення до суду. Вимоги, які співвласник, право якого порушено, може висунути до суду. Право спільної сумісної власності. Виділ та поділ майна, що є у спільній сумісній власності. Підстави призначення експертизи для визначення варіантів виділу (поділу).
Встановлення порядку користування квартирою, житловим будинком. Умови припинення права на частку у спільному майні 375

5.12. Право на особисте сільське господарство. Вирішення спорів щодо ведення особистого сільського господарства.
Право на створення фермерського господарства.
Члени фермерського господарства. Права й обов'язки.
Вирішення спорів щодо ведення фермерського господарства 377

5.13. Право власника на витребування майна від добросовісного набувача. Захист права власника у суді. Виникнення права на володіння або користування чужим майном. Встановлення та припинення сервітуту. Поняття користування чужим майном. Право членів сім'ї власника житла на користування цим житлом. Припинення права користування 381

5.14. Загальні підстави відповідальності за завдану майнову шкоду. Розмір відшкодування. Відшкодування шкоди, завданої внаслідок непереборної сили або у стані крайньої необхідності. Підстави відповідальності за завдану моральну шкоду. Відшкодування шкоди незалежно від вини особи, яка завдала моральної шкоди 383

5.15. Особливості відшкодування юридичною або фізичною особою шкоди, завданої їхнім працівником. Підстави відшкодування шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я чи смертю особи під час виконання договірних зобов'язань (договір перевезення тощо). Підготовка адвокатом справи до розгляду. Відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду. Підстави та порядок відшкодування. Підготовка адвокатом справи до розгляду 384

5.16. Особливості відшкодування шкоди, завданої малолітньою або неповнолітньою особою. Відшкодування шкоди, завданої кількома малолітніми або неповнолітніми особами. Підготовка справи до розгляду. Відшкодування шкоди, завданої фізичною особою, яка не усвідомлювала значення своїх дій або не могла керувати ними. Наслідки вживання наркотичних засобів, токсичних речовин, спиртних напоїв тощо. Підготовка адвокатом справи до розгляду .. .385

5.17. Особливості відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки. Наслідки відшкодування кількох джерел підвищеної небезпеки. Підготовка адвокатом справи до розгляду. Підстави відшкодування шкоди, завданої спільно кількома особами. Право зворотної вимоги (регресу). Підготовка адвокатом справи до розгляду 387

5.18. Способи відшкодування майнової шкоди. Врахування вини потерпілого. Порядок відшкодування шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я чи смертю потерпілого. Підстави відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг). Суб'єкт відшкодування. Строки відшкодування та пред'явлення позову. Право на повернення безпідставно набутого майна. Майно, що не підлягає поверненню. Підготовка адвокатом справи до розгляду 388

5.19. Поняття та види спадкування. Право на спадкування. Усунення від спадкування. Час і місце відкриття спадщини. Спадкування за заповітом. Строки. Право заповідача на заповідальний відказ. Предмет заповідального відказу. Право заповідача на призначення спадкоємців. Обов'язкова частка у спадщині. Покладення на спадкоємців обов'язків. Умовний заповіт. Особливості посвідчення заповіту подружжя та секретних заповітів. Наслідки недотримання форми і змісту заповіту.

Посвідчення заповітів при свідках. Таємниця заповіту.
Право на тлумачення заповіту 394

5.20.Підстави недійсності заповіту. Підготовка позову до суду.
Скасування та зміна заповіту спадкодавцем.
Встановлення сервітуту у заповіті.
Особливості спадкування за законом. Черговість та зміна
черговості права на спадкування.
Визначення розміру часток при спадкуванні за законом 403

5.21. Прийняття спадщини. Строки її прийняття.
Наслідки пропущеного строку.
Відмова від прийняття спадщини та її наслідки.
Поділ спадщини. Переважне право окремих спадкоємців
на виділ їм спадкового майна в натурі.
Перерозподіл спадщини.
Борг спадкодавця. Вимоги до спадкоємців про стягнення боргу.
Порядок задоволення спадкодавця 406

5.22. Призначення виконавця заповіту. Його повноваження.
Строк чинності повноважень виконавця.
Оформлення права на спадщину. Строк видачі свідоцтва
про право на спадщину. Визнання недійсним свідоцтва
про спадщину. Спадковий договір. Забезпечення його виконання.
Розірвання договору. 408

6. Цивільно-процесуальне законодавство 411

6.1. Дія цивільного процесуального закону в часі, просторі
та по колу осіб. Межі судового розгляду 411

6.2. Принципи цивільного процесуального права 412

6.3. Підвідомчість та підсудність цивільних справ.
Види підвідомчості та підсудності...414

6.4. Докази та засоби доказування. Обов'язковість доказування. Строки
подання доказів у цивільному процесі. Оцінка доказів. Робота адвоката
щодо забезпечення доказами позовних вимог 417

6.5. Забезпечення позову і забезпечення доказів.
Діяльність адвоката з цих питань 418

6.6. Запобіжні заходи. Підстави вжиття запобіжних заходів.
Види запобіжних заходів. Форма та зміст заяви
про вжиття запобіжних заходів і порядок її розгляду судом 425

6.7. Судові витрати. їх види. Звільнення від судових витрат.
Розподіл судових витрат між сторонами у цивільній справі 426

6.8. Процесуальні строки. Судові виклики і повідомлення 429

6.9. Сторони в цивільному процесі, їх права. Треті особи. Представники
сторін і третіх осіб 432

6.10. Пред'явлення позову. Зустрічний позов.
Підготовка та подання позову. Надання правової допомоги
стороні з цих питань адвокатом 436

6.11. Зміст і форма позовної заяви. Наслідки подання позовної заяви,
що не відповідає вимогам закону. Підготовка адвоката
до складання позовної заяви 437

6.12. Фіксування судового процесу. Протокол судового засідання.
Робота адвоката з протоколом судового засідання 438

6.13. Рішення суду. Законність і обґрунтованість судових рішень
у цивільних справах. Аналіз адвокатом рішення у цивільній справі .440

6.14. Справи окремого провадження. Порядок їх розгляду.
Встановлення фактів, що мають юридичне значення.
Підготовка і ведення адвокатом таких справ 443

6.15. Встановлення неправильності запису в книгах реєстрації актів
громадянського стану. Зміст заяви.
Робота адвоката у таких справах.. 445

6.16. Провадження в справах, що виникають з адміністративно-правових
відносин. Скарги на рішення, дії чи бездіяльність
державних органів, юридичних або службових осіб
у сфері управлінської діяльності 445

6.17. Право апеляційного оскарження судових рішень і ухвал. Строки
оскарження. Форма і зміст апеляційної скарги. Пояснення на
апеляційну скаргу. Методика складення апеляційної скарги. Порядок її
подання 453

6.18. Право касаційного оскарження рішень. Строки оскарження. Форма і
зміст касаційної скарги. Пояснення на касаційну скаргу. Методика
складення касаційної скарги. Порядок її подання 460

6.19. Пояснення на апеляційну та касаційну скарги.
Порядок та строки їх принесення.. 466

6.20. Перегляд судових рішень у зв'язку з нововиявленими
та винятковими обставинами. Надання адвокатом правової
допомоги у таких справах 466

6.21. Виконання судових рішень. Надання адвокатом
юридичної допомоги сторонам на цій стадії 468

6.22. Зупинення та закриття провадження у справі.
Залишення заяви без розгляду.
Надання адвокатом правової допомоги у таких ситуаціях 476

7. Кримінальне законодавство 479

7.1. Поняття злочину. Класифікація злочинів.
Відмежування злочину від проступку та діянь,
що не становлять суспільної небезпеки 479

7.2. Скоєння навмисного злочину та злочину з необережності.
Доводи, що подаються адвокатами на підтвердження правової позиції про вчинення злочину 482

7.3. Закінчений та незакінчений злочин. Готування до злочину та замах на злочин. Добровільна відмова від вчинення злочину..........483

7.4. Осудність та неосудність особи, яка притягається до кримінальної відповідальності. Примусові заходи медичного характеру
Види примусових заходів медичного характеру.
Примусове лікування. Продовження, заміна або припинення застосування заходів медичного характеру 485

7.5. Необхідна оборона та крайня необхідність. Перевищення меж необхідної оборони. Уявна оборона. Діяння, пов'язане з ризиком. Захист у таких справах 488

7.6. Поняття співучасті. Види співучасників. Відмежування співучасті від приховування та неповідомлення про підготовлений або вчинений злочин. Кримінальна відповідальність співучасників 490

7.7. Поняття покарання та його мета. Види покарань.
Основні та додаткові покарання 492

7.8. Арешт, обмеження волі, позбавлення волі на певний строк.
Довічне позбавлення волі 494

7.9. Відповідальність за злочини, пов'язані з використанням транспортних засобів. Методика роботи адвоката у таких справах . .495

7.10. Загальні засади призначення покарання. Обставини, які пом'якшують та обтяжують покарання.
Використання адвокатом роз'яснень Пленуму Верховного Суду України та судової практики з питань, пов'язаних із призначенням покарань 498

7.11. Призначення покарань за сукупністю злочинів та сукупністю вироків. Правила складання покарань та зарахування строку передбаченого ув'язнення. Призначення м'якшого покарання, ніж передбачено законом 500

7.12. Звільнення від покарання та його відбуття.
Звільнення від покарання з випробувальним строком.
Застосування додаткових покарань у разі звільнення від відбування основного покарання з випробуванням.
Правові наслідки звільнення від відбування покарання з випробуванням 502

7.13. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності та від відбування покарання у зв'язку з закінченням строків давності.
Виконання обвинувального вироку.
Погашення та зняття судимості. Амністія та помилування 506

7.14. Бандитизм та його відмінність від розбою, грабежу і вимагання. Захист у таких справах 510

7.15. Контрабанда. Зайняття забороненими видами господарської діяльності та протидії законній господарській діяльності. Ухилення від повернення виручки в іноземній валюті та незаконне відкриття або використання за межами України валютних рахунків 511

7.16. Кваліфікуючі ознаки злочинів проти власності: крадіжка, грабіж, розбій, вимагання, шахрайство та розмежування між ними 512

7.17. Навмисне вбивство. Замах на вбивство та погроза вбивством 514

7.18. Ухилення від сплати податків, зборів та інших обов'язкових платежів. Фіктивне банкрутство та шахрайство з фінансовими ресурсами ... .514

7.19. Зловживання владою або службовим становищем. Поняття службової особи. Службова діяльність 516

7.20. Відповідальність за хабарництво. Одержання та давання хабара. Вимагання та провокація хабара. Захист у справах про хабарництво 516

7.21. Відповідальність за злочини проти правосуддя. Порушення права на захист. Розголошення даних судового слідства або дізнання 517

7.22. Військові злочини. Захист у справах про військові злочини 519

8. Кримінально-процесуальне законодавство 523

8.1. Участь адвоката на попередньому слідстві, його права та обов'язки. Випадки обов'язкової участі адвоката на попередньому слідстві. Відмова від адвоката і його заміна. Обставини, що виключають участь адвоката у справі. Відсторонення адвоката. Відмова адвоката від виконання своїх обов'язків у справі 523

8.2. Участь адвоката у слідчих діях. Сутність, методика, значення, тактика. Оскарження адвокатами дій слідчого 530

8.3. Дізнання у кримінальному процесі. Захисник і захист у цій стадії процесу 532

8.4. Запобіжні заходи. Порядок обрання запобіжного заходу та продовження строків тримання під вартою. Строк і підстави для подання апеляції на постанову судді про обрання запобіжного заходу. Строк тримання підозрюваного (обвинуваченого) під вартою 534

8.5. Клопотання адвоката на досудовому слідстві. Оскарження постанов слідчого про відмову у задоволенні клопотання 543

8.6. Докази у кримінальній справі. Права адвоката зі збирання та подання відомостей про факти, що можуть бути використані як докази у справі, і збирання ним таких відомостей 548

8.7. Судова експертиза як доказ у кримінальній справі.
Робота адвоката з експертами та експертизою 550

8.8. Допит як спосіб доказування. Ведення адвокатом допиту
в суді підсудного, потерпілих, свідків, експертів, спеціалістів 552

8.9. Адвокат — представник потерпілого, цивільного позивача
та відповідача у кримінальній справі.
Цивільний позов у кримінальній справі 556

8.10. Закриття кримінальної справи. Порядок та підстави для оскарження
постанов про закриття кримінальної справи.
Діяльність адвоката у закритих кримінальних справах 559

8.11. Захист неповнолітніх у кримінальному процесі 563

8.12. Захист у справах щодо осіб, стосовно яких застосовуються заходи
медичного характеру 579

8.13. Робота адвоката при виконанні вимог ст. 218 КПК України.
Правовий режим, методика ознайомлення
з кримінальною справою, клопотання захисника
про виконання вимог ст. 218 КПК України 582

8.14. Підготовка адвоката до захисту в суді. Ведення адвокатського досьє.
Заявлення клопотань та подання заяв до суду 583

8.15. Попередній розгляд справи 583

8.16. Захисна промова адвоката. Підготовка та методика
її проголошення 586

8.17. Протокол судового засідання. Термін виготовлення протоколу
та порядок подання на нього зауважень і їх розгляд.
Правове значення протоколу судового засідання 587

8.18. Особи, які мають право на подання апеляції у кримінальній справі.
Строки подання апеляції. Подання доповнень, змін до апеляції
та відкликання апеляції. Методика складання адвокатом
апеляцій на вирок. Здійснення захисту в апеляційному суді 588

8.19. Пояснення адвоката в апеляційній інстанції та їх відмінність
від захисної промови у суді першої інстанції 591

8.20. Право касаційного оскарження. Захист у касаційній інстанції.
Порядок і строки подання касаційної скарги.
Методика складання адвокатом касаційної скарги.
Відзив на касаційну скаргу. Межі перегляду справи
в касаційному порядку .... .591

8.21. Строки у кримінальному процесі. Специфіка роботи адвоката
у питаннях застосування строків у кримінальному процесі 597

8.22. Скасування вироків за винятковими обставинами.
Забезпечення права на захист у таких ситуаціях.
Підготовка адвокатом клопотання про перевірку справи
за винятковими обставинами 598

Довідкове видання

Енциклопедичний довідник майбутнього адвоката

У двох частинах

Частина перша

Відповідальна за випуск *О. В. Бакієва*
Редагування та коректура *Н. Г. Капустянської, Н. П. Сидорськоі'*
Обкладинка *Сергія Харука*
Комп'ютерна верстка та розробка макета *О. Р. Карташовоі*

Підп. до друку 12.11.2007. Формат 70х100 $У_{1б}$.
Папір офсетний. Друк офсетний.
Обл.-вид. арк. 48,5. Ум. друк. арк. 50,05.
Зам. №7-626.

Видавничий Дім «Ін Юре»
Україна, 04107, м. Київ, вул. Багговутівська, 17—21.
Тел./факс: (044) 537-51-20,
537-51-00, 537-51-01
E-mail: info@inyure.kiev.ua
www.inyure.kiev.ua
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 2191 від 20.05.2005 р.

Віддруковано ВАТ «Білоцерківська книжкова фабрика»
Україна, м. Біла Церква, вул. Л. Курбаса, 4.